وبالرجوع إلى الكتب الفقهية التى دونت فيها مذاهب هؤلاء الأئمة وبتتبعنا لآرائهم فيها وجدنا الأمر على خلاف ما قال ابن تيمية فقد وجدنا نصوصاً فى كتب الحنفية وكلمات لفقهائهم تفيد أن المذهب صحة كل عقد أو تصرف اشتمل على فائدة ولا مانع منه شرعا حتى ولو لم يرد دليل معين يدل على صحته ، فمن ذلك ما قاله الزيلعى فى تبيين الحقائق (ج ٤ ص ٨٧) فى مقام الرد على تعليل الشافعية تحريم الربا فى الأشياء الستة المنصوص عليها بالطعم « ولا نسلم أن حرمة البيع أصل بل الأصل الحل، والحرمة إذا ثبتت إنما تثبت بالدليل الموجب لها ، وهذا لأن الأموال إنما خلقت للابتذال فيكون باب تحصيلها مفتوحا فيجوز كل تصرف فيها ما لم يقم الدليل على منعه بخلاف النكاح لأن الملك فيه يرد على البضع ، وهو محرم ، فيناسبه التضييق » وهذا يدل على أن الأصل هو صحة التصرفات المتعلقة بالأموال بخلاف التصرفات المتعلقة بالإبضاع للفرق بين محلا لأولى ومحل الثانية.

ومن ذلك ما قاله الكاسانى فى البدائع (ج ٦ ص ٥٨) عند الكلام على مشروعية شركة العنان [1] وحاصله ما يأتى « إن هذه العقود شرعت لمصالح العباد ، وحاجتهم إلى استنماء المال متحققة ، وهذا النوع طريق صالح للاستنماء فكان مشروعا » .

ويقول أيضا عند الكلام على مشروعية عقد المضاربة [2] (ص ٧٩) :

---

(١) وهى نوع من أنواع الشركات عند الحنفية ، وهو أن يشترك اثنان أو أكثر فى التجارة فى صنف أو أصناف معينة أو فى جميع الأصناف سواء تساويا فى رأس المال والربح أم تفاوتا فى ذلك .

(٢) عقد المضاربة أن يتفق اثنان على الاشتراك فى التجارة على أن يكون رأس المال من أحدهما والعمل من الآخر ويكون الربح بينهما مناصفة أو أثلاثا أو =

« إن الناس يحتاجون إلى عقد المضاربة لأن الإنسان قد يكون له مال لكنه لا يهتدى إلى التجارة وقد يهتدى إلى التجارة لكنه لا مال له فكان فى شرع هذا العقد دفع الحاجتين ، والله تعالى ما شرع العقود إلا لمصالح العباد ودفع حوائجهم » .

وهذا الكمال ابن الهمام نراه - بعد أن طعن فى الأدلة النقلية التى استدل بها بعض علماء المذهب الحنفى على مشروعية عقد المفاوضة (١) - يثبت مشروعية هذا العقد بقوله « عقد المفاوضة تصرف نافع لا مانع منه فى الشرع فوجب صحته » .

فهذه العبارات ونحوها صريحة فى أن صحة التصرفات عند الحنفية لا تتوقف على قيام الدليل الخاص الذى يدل على صحتها بل يكفى للحكم بصحتها أن تكون مشتملة على فائدة مقصودة . ومحصلة للمصلحة مع انتفاء المانع الشرعى من الصحة .

ولو كان مذهبهم فى العقود كما قال ابن تيمية لما صح منهم الاعتماد فى صحة

= غير ذلك فإذا اتفق شخص مع آخر على أن يعطيه ألف جنيه ليستثمرها فى عمل تجارى على أن يكون لأحدهما نصف الربح أو ثلثه وللآخر الباقى كان ذلك عقد مضاربة عند الحنفية وعقد قراض عند المالكية والشافعية .

(١) عقد المفاوضة هو نوع من أنواع الشركة عند الحنفية وهو أن يشترك اثنان فى التجارة على أن يكون كل منهما كفيلا ووكيلا عن الآخر ولابد فى هذه الشركة من التساوى فى المال والتصرف والدين وذلك بأن يقول أحدهما للآخر وهما بالغان مسلمان أو ذميان شاركتك فى جميع ما أملك من نقود وقدر ما تملك على وجه التفويض العام من كل منا للآخر فى التجارات والنقد والنسيئة وعلى أن كلامنا ضامن عن الآخر ما يلزمه من أمر كل بيع ويقبل الآخر .

عقد المفاوضة ـ وقد خالفهم فيها بعض الفقهاء كالإمام الشافعي . ومالك في رواية ـ على مجرد تحقق الفائدة في هذا العقد مع انتفاء المانع الشرعي من صحته وجوازه . بل كان اللازم في مثل هذا المقام أن يأتوا بدليل معين من نص أو اجماع أو قياس يثبت هذه المشروعية ويفيدها .

وهناك مايدل على أن الشافعية والمالكية أيضاً يسلكون هذا الطريق الذي سلكه الحنفية فقد قرر علماء الأصول أن الجمهور من الحنفية والشافعية والمالكية . بل قد نقل بعضهم الاجماع في ذلك ـ على أن الأصل في الأفعال العادية « وهي ماليست بعبادة » هو الإباحة والجواز . وأنه لايحرم شيء منها إلا بدليل معين يدل على التحريم استناداً إلى قوله تعالى « خلق لكم مافي الأرض جميعاً » وغيره من الأدلة المثبتة لهذا الأصل (١) . ولا ريب أن العقود من الأفعال العادية فيكون الأصل فيها عندهم الجواز والصحة إلا ماقام الدليل الشرعي على تحريمه وفساده .

ويقول الإمام الشاطبي المالكي في الموافقات (جـ ١ ص ٢٨٤ ، ٢٨٥) : إن القاعدة المستمرة بين العلماء هي التفرقة بين العبادات والمعاملات . فالأصل في الأولى ألا يقدم عليها إلا بإذن إذ لامجال للعقول في اختراع التعبدات . والأصل في الثانية الإذن حتى يدل الدليل على خلافه »

ونصّ صاحب المنهاج من الشافعية على أن المذهب صحة الكفالة بالبدن ـ وهي التزام إحضار المكفول إلى المكفول له ـ وعلل الخطيب الشربيني في المغني هذه الصحة بالحاجة إلى هذا العقد ثم قال : واستؤنس لها بقوله

---

(١) راجع كشف الأسرار على أصول البزدوي جـ ٣ ص ٨١٥ وشرح الاسنوي على المنهاج جـ ٣ ص ١١٨ . هامش التقـــرير والتحبير . والتيسير شرح التحرير جـ ٢ ص ٣١٣

تعالى « لن أرسله معكم حتى تؤتون موثقاً من الله لتأتننى به إلا أن يحاط بكم (١) » وهذا يدلنا على أن مجرد الحاجة إلى التصرف كافية فى جوازه وصحته .

ويقول الفخر الرازى الشافعى فى تفسير قوله تعالى « ولا تفسدوا فى الأرض بعد إصلاحها » مانصه : هذه الآية دالة على أن كل عقد وقع التراضى عليه بين الخصمين فانه انعقد وصح وثبت ، لأن رفعه بعد ثبوته يكون إفساداً بعد الاصلاح ، والنص دال على أنه لايجوز . إذا ثبت هذا فنقول : إن مدلول هذه الآية من هذا الوجه متأكد بعموم قوله تعالى « أوفوا بالعقود » وبعموم قوله « لم تقولون مالا تفعلون كبر مقتاً عند الله أن تقولوا ما لاتفعلون » وتحت قوله « والذين هم لأماناتهم وعهدهم راعون » وتحت سائر العمومات الواردة فى وجوب الوفاء بالعهود والعقود . إذا ثبت هذا فنقول : إن وجدنا نصاً دالا على أن بعض العقود التى وقع التراضى به من الجانبين غير صحيح قضينا فيه بالبطلان تقديماً للخاص على العام وإلا حكمنا فيه بالصحة رعاية لمدلول هذه العمومات » (مفاتيح الغيب ج٤ ص ٣٥٠) .

وليس بعد هذا صراحة فى إثبات أن الشافعية والمالكية يجعلون إباحة العقود هى الأصل وأن الحكم بفساد شىء منها هو الذى يتوقف على الدليل الخاص الذى يدل على ذلك .

وأمام هذه النقول الدالة على اتجاه هؤلاء الأئمة فى مسألة العقود لايسعنا أن نوافق ابن تيمية فيما نسبه إليهم من القول بأن الأصل فى العقود عندهم الحظر إلا ما قام الدليل المعين على إباحته وجوازه .

ولقد أنصف ابن القيم فى مخالفته لشيخه ، وعدوله عما سلكه أستاذه فى

---

(٢) آية : ٦٦ سورة يوسف .

هذه المسألة « مسألة الأصل فى العقود » حيث قال فى « أعلام الموقعين ج ٢ ص ٣٤ » عند بيان أخطاء منكرى القياس ما يأتى « والخطأ الرابع لهم اعتقادهم أن عقود المسلمين وشروطهم ومعاملاتهم كلها على البطلان حتى يقوم دليل على الصحة ، فإذا لم يقم عندهم دليل على صحة شرط أو عقد أو معاملة استصحبوا بطلانه . فأفسدوا بذلك كثيراً من معاملات الناس وعقودهم وشروطهم بلا برهان من الله بناء على هذا الأصل وجمهور الفقهاء على خلافه وأن الأصل فى العقود والشروط الصحة إلا ما أبطله الشارع أو نهى عنه وهذا القول هو الصحيح » .

فنراه يقرر أن القول بحظر العقود هو قول منكرى القياس وهم الظاهرية ، وأن جمهور الفقهاء يخالفونهم فى ذلك ، وقد وافقه على ذلك الحجوى فى كتابه « الفكر السامى » حيث قال : إن الظاهرية يشددون فيحملون جميع المعاملات على الفساد حتى تثبت الصحة . ومذهب الأئمة الأربعة وجمهور الأمة أن جميع المعاملات على الصحة حتى يدل الدليل على الفساد .

وأغلب الظن عندى أن ابن تيمية قد استنتج ما قاله مما رآه من إبطال هؤلاء الفقهاء لكثير من العقود والتصرفات ، وتوسعهم فى هذا الباب . ولكن فات هذا العالم الفاضل أن هذا الإبطال ليس مبناه أن الأصل فساد العقود حتى يقوم الدليل المعين على الجواز والصحة كما فهم . بل ذلك يرجع إلى اشتمال تلك العقود والتصرفات على مفسد من المفسدات فى نظرهم كالربا أو الغرر والجهالة وغيرها ، كما يظهر ذلك واضحاً من تعليلاتهم لما حكموا بفساده وبطلانه منها . وإليك بعض الأمثلة على ذلك .

١ — <u>عقد المزارعة</u> : منع الإمام أبو حنيفة والشافعى ـ رحمهما الله تعالى ـ جوازه وصحته وقد علل ذلك المنع بأن المزارعة نوع من الإجارة ـ لأنها عقد على العمل ـ والإجارة يشترط فيها أن تكون الأجرة معلومة

ـ لما روى عن أبى سعيد الخدرى ـ رضى الله عنه ـ أن النبى صلى الله عليه وسلم ، نهى عن استئجار الأجير حتى يبين أجره ، والعوض فى المزارعة مجهول . لأنه قد يخرج الزرع ، وقد لا يخرج ، وقد يخرج كثيراً ، وقد يخرج قليلا . وقد يخرج على صفات ناقصة وقد يخرج على صفات كاملة . فإن منع الله الثمرة فقد استوفى عمل العامل باطلا[١] .

٢ ـ عقد المفاوضة : قال الإمام الشافعى ـ رحمه الله تعالى ـ ببطلانه . وحجته فى ذلك أنها من القمار الذى نهى عنه الشارع وحرمه وإليك عبارته كما فى الأم (جـ ٣ ص ٢٠٦) قال : شركة المفاوضة باطل ولا أعرف شيئاً من الدنيا باطلا إن لم تكن شركة المفاوضة باطلا ، إلا أن يكونا شريكين يعدان المفاوضة خلط المال والعمل فيه واقتسام الربح . فهذا لا بأس به . وهذه الشركة التى يقول بعض المشرقيين لها شركة عنان . فإذا اشتركا مفاوضة وتشارطا أن المفاوضة عندهما هذا المعنى . فالشركة صحيحة . وإن زعما أن المفاوضة عندهما بأن يكونا شريكين فى كل ما أفاداه بوجه من الوجوه بسبب المال أو غيره ، فالشركة فيه فاسدة . ولا أعرف القمار إلا فى هذا أو أقل منه .

وهكذا سائر العقود التى حكموا بفسادها وبطلانها . فإنا نجدهم يعللون الفساد فيها بوجود المانع الشرعى من الجواز والصحة . لا بانتفاء الدليل المعين الذى يفيد المشروعية ويثبتها . فلو كان فساد العقود إلا ما قام الدليل المعين على صحته أصلا من أصولهم لاستندوا إليه فى فساد تلك العقود أو على الأقل فى بعضها وهذا ـ فيما أعلم ـ غير موجود فى كلامهم .

---

(١) يراجع فى هذا الأم للإمام الشافعى جـ ٣ ص ٢٣٩

وإذ قد عرفنا أن مذهب الجمهور من الحنفية والشافعية والمالكية والحنابلة وغيرهم هو أن الأصل فى العقود الإباحة والصحة ما لم يقم الدليل على المنع والفساد ، وأن الظاهرية ومن نحا نحوهم من الإمامية على خلاف ذلك . وهو أن الأصل عندهم فساد العقود وتحريمها حتى يدل الدليل الخاص ، كالنص والإجماع على الجواز والصحة فلنذكر ما استند إليه هذا البعض من الأدلة بعد أن وقفنا ـ فيما تقدم ـ على وجهة الجمهور فيما ذهبوا إليه.

حجج القائلين بأن الأصل فساد العقود والرد عليها :

احتج الظاهرية ومن معهم لإثبات مذهبهم بما يأتى :

أولا : ما صح من قول الرسول صلى الله عليه وسلم « من عمل عملا ليس عليه أمرنا فهو رد » قالوا : فهذا حديث عن رسول الله الذى لا ينطق عن الهوى يبطل كل عمل لا يكون على أمر المسلمين وطريقتهم ، والعقد الذى لم يرد عن الشارع ما يدل على جوازه وإباحة التزامه بعينه ليس على طريقة المسلمين وشريعتهم فيكون رداً وباطلا .

ويجاب عن هذا : بأنا لا نسلم أن كل عمل لم يرد عن الشارع ما يدل على جوازه وصحته بعينه لا يكون على سنة المسلمين وطريقتهم حتى يكون رداً باطلا ، بل ذلك إنما هو فى العمل الذى يخالف الشرع والدين كالربا والميسر ونحوهما من كل ما ثبت عن الشارع النهى عنه وتحريمه ، لأن مثل هذا هو الذى يصدق عليه أنه ليس على طريقة المسلمين وإنما هو مخالف لها متناف معها ، كما يشهد بذلك عرف الناس فى مخاطباتهم وما يفهمونه من مثل هذه العبارات فإن من يقول : بكر ليس على طريقة عمرو ، يفهم السامع منه أن بكراً مخالف لعمرو فى طريقته وسنته ، فكذلك من يسمع قوله صلى الله عليه وسلم « كل عمل ليس عليه أمرنا فهو رد » يفهم أن العمل المردود هو الذى يخالف شرع المسلمين ودينهم .

واحتجوا ثانياً : بأن العقود والتصرفات أسباب لمسببات شرعية هى أحكامها وآثارها فالبيع مثلا سبب أو علة شرعاً لحكمه وهو ثبوت الملك فى العوضين على سبيل التبادل لكل من البائع والمشترى ، والزواج علة لحل استمتاع كل من الزوجين بالآخر . . وهكذا سائر العقود والتصرفات الشرعية فإنها موضـــوعة لإفادة أحكامها وآثارهما بحكم الشارع وجعله وإذا كانت العقود بهذا الوضع فلا يصح أى عقد أو تصرف إلا بدليل شرعى يدل على صحته ، وإلا كان ذلك تصرفاً فى الشرع ونصباً لأحكامه بلا إذن منه وهو ما لا يجوز .

وهـذا الدليل كسابقه لا ينهض على إثبات المدعى . فقد بينا فيما سبق كيف صارت العقود والتصرفات أسبابا فىالشرع . وأن ذلك إنما كان بإقرار الشارع لما كان موجوداً ، ومعروفاً منها عند بعثة الرسول عليه الصلاة وأتم السلام على وجه نفى عنها الإضرار بالناس ، وجعلها محققة لمصالحهم وبإيجاب الشارع ـ جل وعلا ـ الوفاء بالعقود والالتزامات على وجه العموم من غير حصر لها فى عقود معينة . وأنواع محصورة . وهذا بلا ريب يقتضى صحة العقود والالتزامات جميعها . سواء قام الدليل المعين على تلك الصحة أو لم يقم . وأنه لا يبطل عقد منها إلا إذا خالف حكم الله ورسوله ، لدخول كل ما هو موجود ، وما يجد فى هذا الباب « باب العقود والالتزامات » تحت قول المولى سبحانه « أوفوا بالعقود » وقوله جل شأنه « وأوفوا بالعهد إن العهد كان مسئولا » وغير ذلك من الأدلة الشرعية التى توجب على الناس المحافظة على عهودهم . والوفاء بالتزاماتهم ، مادام ذلك بعيداً عما نهى الله عنه وحرمه .

وعلى هذا فالحق ما ذهب إليه الجمهور من الفقهاء وهو إطلاق الحرية

للناس فى احداث ما يحتاجون إليه من العقود مادام ذلك محققاً لمصلحتهم . ولا يتعارض مع أسس الشريعة ، وقواعدها العامة .

قيمة هذا الخلاف من الناحية العملية :

ولكن مع هذا فإن الخلاف فى هذه المسألة ليس له أثر كبير من الناحية العملية . لأن ما أقره الشارع من العقود ونصبه من الأسباب قد وسع جميع معاملات الناس إلى اليوم . ولم نر أنهم أحدثوا عقداً لحاجتهم إليه لم يتناوله عقد من تلك العقود . وكل ما أحدثوه لم يتجاوز تحديد آثار هذه العقود . والتغيير فى أحكامها بما يشترطونه فيها من شروط ، وذلك هو محل الخلاف بين الفقهاء فى المسألة الثانية المتقدمة . وهو مما قصدناه من بحثنا فى موضوع هذه الرسالة « الشروط » .

مقدمة البحث

فى

معنى الشرط لغة وفقها — مصدره فى العقد — مكانه من العقد

(ا) معنى الشرط

(ا) معنى الشرط فى اللغة :

وردت كلمة الشرط فى اللغة بمعان كثيرة ، والذى يتناسب منها هنا هو إلزام الشىء والتزامه فى البيع ونحوه ، فيقال : شرط فلان فى البيع على فلان كذا يشرُط « بكسر الراء وضمها » ألزمه ذلك الشىء فيه ، فإذا ألزم المشترى البائع تسليم المبيع فى مكان معين ورضى البائع بهذا الإلزام سمى ذلك شرطاً عند اللغويين ، وقد جاء فى المثل « الشرط أملك ، عليك أم لك » ومعناه أن الشرط يملك صاحبه فى إلزامه إياه المشروط سواء أكان له أم عليه ، ويقال : شارطه إذا شرط كل منهما على صاحبه شيئاً ؛ وجمع الشرط شروط وشرائط [1] .

معنى الشرط عند الفقهاء :

يطلق الشرط عند الفقهاء على معنيين :

أحدهما — وهو محل بحثنا — التزام المتصرف فى تصرفه بأمر من الأمور زائداً على أصل التصرف سواء أكان هذا الإلتزام الزائد من مقتضى التصرف أم لا ، وسواء كان فيه منفعة للملتزم أم لغيره أم لا ، ثبت ذلك باللفظ أم لا .

---

(1) لسان العرب ج ٩ ص ٢٠٢ — ٢٠٦ ، وتاج العروس شرح القاموس ج ٥ ص ١٦٦ ، ١٦٧ .

مثال ما كان من مقتضيات التصرف أن يقول شخص لآخر : اشتريت منك هذه الدار بألف جنيه على أن تسلمها إلى ، أو بشرط أن ترد إلى الألف إذا ظهر أن الدار مملوكة لغيرك ويقبل الآخر ذلك . فالتزام البائع تسليم الدار أو رد الثمن إلى المشترى عند الاستحقاق شرط فى البيع ولكنه ليس أمراً زائداً على ما يجب به بدون هذا الشرط وإنما هو من مقتضاه وحكمه ، إذ مقتضى البيع — كما تقرر فى الفقه — لزوم البائع تسليم المبيع إلى المشترى ورجوع المشترى بالثمن على البائع عند استحقاق المبيع .

ومثال ما ليس من مقتضياته أن يبيع إنسان لآخر أرضاً بثمن معين على أن يزرعها البائع سنة مثلا . فإن التزام المشترى فى هذا البيع ترك الأرض المبيعة فى يد البائع أو من يقوم مقامه فى الانتفاع بالأرض طوال المدة المتفق عليها فى العقد حكم زائد على ما يثبت به من أحكام وآثار . وفى هذين المثالين نجد الشرط قد تضمن منفعة للشارط ، وهو المشترى فى المثال الأول . والبائع فى المثال الثانى . وإن كانت المنفعة فى الأول ليست زائدة على ما يجب بنفس العقد بخلافها فى الثانى فإنها زائدة على ما يجب به .

ومثال ما تضمن منفعة ولكنها لغير الشارط ، ما لو أجر داره لآخر كل شهر بكذا على أن يقرض المستأجر عمرا الأجنبى مقدارا من المال . فقد تضمن التزام المستأجر فى هذا المثـــال فائدة ومنفعة ولكنها ليست للملتزم له وهو المؤجر وإنما هى لشخص أجنبى عن العقد أى ليس طرفا فيه . وفى هذه المثل قد ثبت الالتزام الزائد على صيغة التصرف بوساطة اللفظ الدال عليه وهو كلمة ، على أو بشرط . ومثال الاشتراط الحاصل بغير اللفظ أن يتزوج رجل امرأة على مال معلوم ولا يتفقان على حلول أو تأجيل . وكان عرف الناس وعادتهم فى البلد الذى أجرى فيه العقد حلول النصف وتأجيل النصف الآخر إلى الموت أو الطلاق « مثلا » فإن

نصف المسمى يتأجل إلى ذلك . حتى لا يسوغ للمرأة أن تطالب به قبل الطلاق أو الوفاة ، ولا أن تمنع نفسها حتى يسلم المهر كله إليها ، فهذا التأجيل لم يثبت باللفظ وإنما ثبت بأمر آخر وهو العرف والعادة الجارية بين الناس بذلك على ما سيأتى إيضاحه فى الكلام على الشرط العرفى .

« وثانيهما » الأمر الزائد عن ماهية الفعل وحقيقته الشرعية الذى يتوقف وجود الفعل على وجوده ، ويعدم بعدمه ، من غير تأثير لوجوده فى وجود ذلك الفعل ولا إفضاء إليه ومثال ذلك الزوجية بالنسبة للطلاق فإنها زائدة عن حقيقة الطلاق . إذ هو رفع عقد النكاح وانهاء آثاره وأحكامه بلفظ مخصوص . ولكن يتوقف على وجودها انعقاد الطلاق وإيقاعه شرعاً ، كما يلزم من عدمها عدم الطلاق . فإذا لم توجد زوجية لم يوجد طلاق ، وليست الزوجية مؤثرة فى إيقاع الطلاق بل المؤثر فيه اللفظ الدال عليه . كما أنها لا تفضى إلى الطلاق . فقد توجد الزوجية كثيراً . ولا يوجد الطلاق .

أنواع الشرط بهذا المعنى :

والشرط بهذا المعنى يسمى شرطاً جعلياً وتحته نوعان :

الأول ــ ما كان توقف المشروط فيه على وجود الشرط بحكم الشارع ووضعه ، لما فى ذلك الشرط من الملاءمة للفعل والتكميل له .

والثانى ــ ما كان توقف المشروط فيه عل وجود الشرط بفعل المكلف وجعله ، وبيان ذلك بالأمثلة كما يأتى :

أمثلة النوع الأول : الطهارة وستر العورة فإن الشارع جعل كلا منهما شرطاً فى الصلاة . فيتوقف على وجود كل منهما صحة الصلاة وسقوط الطلب

عن المكلف شرعاً ، لما فى الطهارة وستر العورة من الملاءمة لما شرعت له الصلاة ، وهو الإقبال على الله تعالى والتوجه إليه والمناجاة له ، إذ فى وقوف العبد بين يدى المولى عز وجل متطهراً مستور العورة كمال للإقبال عليه والتوجه إليه :

- وكحولان الحول بالنسبة للزكاة . فإنه شرط لإيجابها على وجه يتحتم معه فعلها وأداؤها بحكم الشارع ووضعه ، فإذا لم يحـــل الحول على ملك النصاب فلا يوجد هذا الوجوب ، وذلك لما فى حولان الحول من الملاءمة للسبب فى وجوب الزكاة وهو الغنى ، فإن الإنسان إذا ملك النصاب فقط لم يستقر عليه حكمه وهو الغنى إلا بالتمكن من الانتفاع به فى وجوه المصالح ، فجعل الشارع الحول مناطاً لهذا التمكن الذى ظهر به وجه الغنى .

ومن هذا القبيل جميع الأمور التى اشترطها الشارع الحكيم فى التصرفات الشرعية من زواج وبيع وهبة ووصية وغير ذلك والتى اشترطها لإقامة الحدود كقطع يد السارق والسارقة ورجم الزانى والزانية أو جلدهما .

وأما النوع الثانى فمثاله : ما لو علق المكلف تصرفه على حصول أمر من الأمور المستقبلة المحتملة الوقوع بأداة من أدوات التعليق فى اللغة كإن وإذا ومن ومتى ونحوها من كل مايدل على ربط حصول مضمون جملة بحصول مضمون جمـــلة أخرى ، كما لو قال : إذا نجحت فى الامتحان تصدقت بكذا على الفقراء والمساكين أو فقد وهبت دارى لفلان ، وكما لو قال شخص لآخر : إن جاء محمد من سفره فقد بعتك دارى أو أجرتها لك بكذا فالمتصرف فى هذه الصورة قد علق تصرفه على حصول أمر ووجوده بحيث إذا لم يحصل ذلك الأمر فلا يتحقق التصرف الذى علق عليه ففى المثال الأول علق التصدق بالمال أو هبـــة الدار على حصول النجاح وفى الثانى علق التصدق بالمال على مجىء محمد من السفر .

فقبل النجاح والمجيء لا وجود لما علق عليهما وهو التصدق والهبة والبيع والإجارة .

(تنبيه) هذا النوع الأخير « من الشرط الجعلى » سماه الفقهاء شرطاً معلقاً ــ وسموا العقد المشتمل عليه عقداً معلقاً على شرط ، وسموا الشرط بالمعنى الأول الذى هو الالتزام الزائد على أصل التصرف شرطاً مقيداً . والعقد الذى يشتمل عليه عقداً مقيداً بشرط . ولما كان يظن أنهما متحدان لتشابههما فى أن كلا منهما . منه ما هو مشروع وما ليس بمشروع رأيت أن أوضح الفرق بينهما مع أن التعريف السابق لكل منهما كاف فى ذلك ، ليتميز ما قصدته بالبحث ــ وهو الشرط بمعنى الالتزام ــ عن غيره تمييزاً تاماً . فأقول :

الشرط المقيد والشرط المعلق ــ وإن تشابها فيما ذكر ــ إلا أنهما يفترقان ، فى أن الشرط بمعنى الالتزام وهو الأول لا عمل له فى أصل التصرف . بل يوجد التصرف معه وإنما يعمل فى أثره وحكمه الذى يترتب عليه فيقيده بعد أن كان مطلقاً مثلا .

أما الشرط بالمعنى الثانى ، فلا عمل له فى أثر التصرف كالشرط السابق وإنما يعمل فى أصل التصرف فيؤخر انعقاده علة لحكمه وأثره الذى يترتب عليه عند فقهاء الحنفية ــ رحمهم الله تعالى ــ فإذا ما تحقق الشرط عمل التصرف عمله . وانقضى عمل الشرط حينئذ . فمثلا .

إذا قال البائع بعتك هذه الدار إن رضى أبى فى مدة كذا . فقد تعلق وجود البيع وانعقاده على وجود رضا الأب فإذا وجد الرضا تحقق البيع . وانتهى عمل الشرط .

وأما إذا قال بعتك هذه الدار على أن أسكنها ستة أشهر « مثلا » وقبل

الآخر ذلك . فالعقد قد تحقق مقارناً للشرط غير موقوف على شيء . فيعمل العقد والشرط معاً. العقد فى استتباع حكمه ، وهو نقل الملك وحل التصرف ، والشرط فى تقييد ذلك الحكم بإثبات حق السكنى للبائع بعد أن كان لا يملك ذلك بمقتضى العقد الخالى من ذلك الشرط .

ولقد وجدت الزركشى فرق بينهما - فيما نقله عنه الحموى فى شرحه على الأشباه والنظائر فقال : الفرق بين التعليق والشرط أن التعليق داخل على أصل الفعل بأداته كإن وإذا ، والشرط ما جزم فيه بالأصل ، أى أصل الفعل ، وشرط فيه أمر آخر ، وإن شئت قلت فى الفرق بينهما : إن التعليق ترتيب أمر لم يوجد على أمر يوجد بإن أو إحدى أخواتها ، والشرط التزام أمر لم يوجد فى أمر قد وجد بصيغة مخصوصة ، اه

الشرط وأنواعه فى القانون :

١ - الشرط فى القانون له معان عديدة فيطلق ويراد منه الوصف[١] الذى يلحق الالتزام من ناحية رابطته القانونية فيعلق هذه الرابطة على أمر مستقبل غير محقق الوقوع وقد عرض القانون المدنى الجديد للشرط بهذا المعنى فى المواد من (٢٦٥ — ٢٧٠) فنص فى المادة (٢٦٥) على أنه « يكون الالتزام معلقاً على شرط إذا كان وجوده أو زواله مترتبا على أمر مستقبل غير محقق الوقوع » .

ومن هذه المادة يؤخذ أن الشرط المعلق للرابطة القانونية هو كل أمر مستقبل غير محقق الوقوع يكون وجود الالتزام أو زواله معلقا على تحققه وأنه يتنوع إلى نوعين .

---

(١) الوصف أمر عارض يضاف إلى الالتزام بعد أن يستوفى أركانه فلو رفع عنه لارتفع دون أن يزول الالتزام بل يبقى دون وصف فى صورته البسيطة .

النوع الأول : شرط يعلق وجود الالتزام على تحققه ، ويسمى بالشرط الواقف وهو الأمر الذى يترتب على تحققه وجود الالتزام ، فإن تخلف لم يخرج الالتزام إلى الوجود . ومثاله : أن يعلق الواهب هبته لابنه على شرط أن يتزوج . فالزواج هنا شرط واقف ، فإذا تحقق وتزوج الابن وجد التزام الأب بالهبة ، وإذا تخلف الشرط ولم يتزوج الابن فلا يوجد التزام الأب بإعطاء هبة لابنه .

وهذا النوع يسمى فى الفقه الإسلامى بالشرط المعلّق .

والنوع الثانى : شرط يعلق زوال الالتزام على تحققه ، ويسمى بالشرط الفاسخ ، وهو الأمر الذى يترتب على وقوعه زوال الالتزام ، ومثاله أن ينزل الدائن عن جزء من حقه بشرط أن يدفع المدين الأقساط الباقية كل قسط فى ميعاده . فالشرط هنا فاسخ لأن التنازل عن جزء من الدين قد وجد ولكن علق زواله على شرط هو تأخر المدين فى دفع كل قسط فى ميعاده ، فإذا تحقق الشرط زال الالتزام واعتبر كأنه لم يكن ، وإذا تخلف الشرط ودفع المدين كل قسط فى ميعاده أصبح الالتزام باتاً .

وهذا الشرط لا يسمى فى الفقه الإسلامى بالشرط الفاسخ وإنما يدخل فى الشرط المقيد فى بعض الصور وهى التى يترتب على تحقق الشرط زوال الالتزام تلقائيا دون حاجة إلى الالتجاء إلى القضاء ، كما إذا باع شخص لآخر شيئاً على أنه إن لم ينقد الثمن مدة ثلاثة أيام مثلا فلا بيع بينهما فإن تأخر المشترى عن دفع الثمن فى المدة المتفق عليها يترتب عليه زوال البيع عند الحنفية بدون حاجة إلى الالتجاء إلى القضاء وكما إذا شرط الواهب على الموهوب له ألا يبيع العين الموهوبة ولا يهبها فإنه إذا خالف الموهوب له وباع الموهوب أو وهبه زالت الهبة عند الإمامية (١)

---

(١) شرح النيل جـ ٦ صـ ٦٣

ويطلق الشرط على العناصر التى يتطلبها القانون لترتيب أثر معين ، كوجود التراضى فى العقد وإمكان المحل وتعيينه ومشروعيته ووجود السبب ومشروعيته وكموت المورث قبل موت وارثه بالنسبة لاستحقاق الإرث وإعلان الشفيع إرادته فى الأخذ بالشفعة بالنسبة للشفعة .

وهذا الشرط - كما ترى - عنصر من عناصر الحق ذاته ولا يتصور قيام الحق بدونه ، وإنما هو وضع معين يقرره القانون ويرتب عليه نتائج معينة وليس له أثر رجعى ، ويسمى هذا الشرط فى القانون بالشرط القانونى ، وهو يقابل الشرط الشرعى فى الفقه الإسلامى .

ويقول الدكتور السنهورى فى الوسيط (جـ٣ صـ٣٤) إن الشرط الذى يفرضه القانون ليس شرطاً بمعناه الصحيح ، لأن الشرط بمعناه الصحيح أمر عارض لا يلحق الحق إلا بعد تكامل عناصره فيضاف إليه ، ويمكن تصور الحق بدونه ، والشرط القانونى ليس كذلك .

ويطلق الشرط على الأحكام التى يتفق عليها الطرفان فى العقد ، فإذا اتفق الطرفان فى البيع مثلا على أن يتم تسليم المبيع فى الأقصر أو أن يدفع الثمن على أقساط أو أن يتحمل البائع نفقات العقد أو أن يدفع مقداراً من النقود إذا تأخر فى تسليم المبيع عن الوقت المحدد لتسليمه وما أشبه هذا سمى كل ذلك شروطاً فى العقد ، ويطلق على الشروط بهذا المعنى اسم بنود العقد .

وهذا النوع من الشروط هى التى تطلق عليها فى الفقه الإسلامى اسم الشروط المقيدة ، لأن هذه الشروط يترتب على عدم تنفيذها جواز فسخ العقد إذا أراد صاحب الشرط ، وإذا أراد الفسخ فلابد من الالتجاء إلى القضاء لاستصدار حكم به ، أما الشرط الذى يكون وصفاً فى الالتزام والذى يعلق زوال الالتزام على تحققه فإن الفسخ يتم بمجرد تحقق الشرط دون

حاجة إلى الالتجاء إلى القضاء[1] .

(ب) مصدر الشرط فى العقد :

نقصد من مصدر الشرط ما يستفاد منه الشرط ، ويثبت به فى العقد أو التصرف وهو هنا أحد أمرين :

الأمر الأول : النص من العاقد ، والتصريح بما يريده من الالتزام فى العقد ، ويسمى الشرط الحاصل بهذا الطريق الشرط اللفظى أو الصريح .

والأمر الثانى : العرف والعادة . فإذا تعارف الناس واعتادوا ثبوت التزام فى تصرف من تصرفاتهم كان ذلك دليلا على ثبوت هذا الالتزام فى التصرف وإن لم يجر له ذكر أثناء العقد ويسمى الشرط الحاصل بهذا الطريق الشرط العرفى أو غير الصريح ، وهاك بيان كل :

١ — الشرط اللفظى

تعريفه . صيغته . الفرق بين الشرط والوعد :

تعريف الشرط اللفظى: هو التزام العاقد أمراً من الأمور بلفظ يدل على هذا الالتزام .

مثال ذلك : أن تتزوج المرأة وتشترط على الزوج ألا ينقلها من بلدها أو ألا يتزوج عليها .

صيغة الشرط اللفظى والفرق بينها وبين الوعد :

إن من يتبع ما كتبه الحنيفة فى مؤلفاتهم بالنسبة للشروط لا يرى لهم ضابطاً لصيغ الشروط المقيدة ، وكل ما هناك أنهم ذكروا أمثلة للعقود

---

(١) انظر الوسيط جـ ١ ، ٣ للدكتور عبد الرزاق السنهورى وأحكام الالتزام والإثبات للدكتور اسماعيل غانم صـ ٢٨٦ وما بعدها .

المقترنة بالشروط ، وحكموا فى بعضها بفساد العقد ، نظراً لما يشتمل عليه من الشرط ، ويقولون إن محل هذا الحكم إذا لم يخرج فيها مخرج الوعد ، إما إذا أخرج مخرج الوعد فان العقد يكون صحيحاً . فقالوا : فيما لو باع دارا على أن يسكنها البائع شهراً أو ثوباً على أن يخيطه قميصاً ، إن البيع فاسد ، لاشتراط السكنى والخياطة فيه ، وهو شرط لا يقتضيه العقد ، وفيه منفعة لأحد العاقدين وفيما لو قال البائع : اشتر هذا البستان حتى أبنى لك الحوائط ، إن البيع صحيح . لأن المذكور فيه وعد ، وليس بشرط ، قال ابن نجيم فى باب البيوع الفاسدة : لو أخرج الشرط مخرج الوعد لم يفسد « أى البيع » كما إذا باع بستاناً على أن يعمر حوائطه ، وأخرجه مخرج الوعد . ولكن لو لم يبين البائع لم يجبر ، ويخير المشترى فى الرد (كذا فى الذخيرة) لكن لم يبين « أى صاحب الذخيرة » بماذا يكون إخراجه مخرج الوعد ، وبين الإمام إسحق الولوالجى صورة إخراجه مخرج الوعد قال : اشتر حتى ابنى الحوائط اهـ .

فتراهم مع اعترافهم بالفرق بين الوعد وبين الشرط . وأن الأول غير مفسد للبيع أصلا بخلاف الثانى ، لم يتعرضوا لبيان لم كان المذكور فى هذا المثال وعداً ، ولم يكن شرطاً ؟ ألأنه عرى عن صيغة الشرط الصريحة ككلمة بشرط وما فى معناها كعلى ، فتكون صيغة الشرط عندهم مقصورة على ذلك ، أم لوجود القرينة الدالة على أنه وعد وليس بشرط ، فلا تكون الصيغة مقصورة على ما ذكر ، بل كما تكون بصريح الشرط وما فى معناه تكون بغيره كصيغة الأمر ، كافعل كذا ، وصيغة الماضى والجملة الخبرية ما لم يقترن بها ما يخرجها عن الدلالة على الالتزام إلى مجرد الوعد . . . فيكون قول البائع : بعت لك كذا وأحمله لك إلى منزلك ، وقول المشترى احمله إلى منزلى ، ونحو ذلك شرطاً للحمل فى البيع كما لو ذكر ذلك بكلمة الشرط أو على الدالة على الالتزام ؟

وكل ما هنالك أن ابن نجيم - على ما يؤخذ من كلامه فى باب العقود التى تفسد بالشروط الفاسدة والتى لا تفسد بها - يرى أن ما يذكر بعد تمام العقد لا يكون شرطاً فيه إلا إذا كان مذكورا بكلمة « على » الدالة على الالتزام أو بصريح الشرط . أما إذا كان مذكورا بصيغة الأمر أو الجملة الخبرية فإنه لا يكون شرطاً بل وعدا . وهذا لا يدلنا على ما تفيده مثل هذه الصيغ اذا ذكرت أثناء العقد ، أتكون وعداً كذلك أم شرطاً ؟

والذى يظهر أن الفرق بين الشرط وبين الوعد لا يكون بالصيغ والعبارات بل الفصل فى هذا الى القرائن الدالة على أحد الأمرين سواء أكانت هذه القرائن لفظية أم حالية أم عرفية ، ويؤيد هذا ما قاله الكمال بن الهمام فى كتاب النكاح من فتح القدير بصدد الألفاظ التى ينعقد بها النكاح حيث جاء فيه ما حاصله : لو قال أتزوجك « بالمضارع المبدوء بالهمزة » فقالت : زوجت نفسى انعقد ، لأن هذا لا يحتمل الوعد ، إذ الإنسان لا يستخبر نفسه عن الوعد وإذا قال : تزوجنى بنتك « بصيغة المضارع المبدوء بالتاء » فقال : فعلت فإنه ينعقد عند عدم قصد الاستيعاد ، لأنه يتحقق فيه هذا الاحتمال بخلاف الأول ، لأنه لا يحتمل الوعد ، واذا كان كذلك والنكاح مما لا تجرى فيه المساومة كان للتحقيق فى الحال فانعقد به لا باعتبار وضعه للإنشاء بل باعتبار استعماله فى تحقق المعنى واستفادته منه ، حتى قلنا لو صرح بالاستفهام اعتبر فهم الحال .

فإنا نراه يجعل للقرينة دخلا فى تعرف الوعد من العقد ، والشرط عقد أو فى حكم العقد فيكون له أيضاً مثل هذا الحكم .

أما الشافعية فالشرط عندهم — على ما يؤخذ من الفتاوى لابن حجر الهيتمى « ح٢ ص ٢٧٣ — ٢٧٦ » هو ما كان بصريح الشرط كبعتك بشرط كذا ، أو ما فى معناه كعلى أن أفعل كذا ، وكذلك الفعل المضارع ، والأمر

والجملة الإخبارية إذا دلت قرينة على الاشتراط كوقوع ذلك بين لفظى الإيجاب والقبول فى التصرفات التى يحتاج إنشاؤها إليهما مثل البيع والإجارة والنكاح ، أووقوعها على وجه يفهم منه أنها صفة وقيد فى التصرف أو إرادة العاقد ذلك ، فإن لم تكن هناك قرينة تدل على الالتزام فإنها لاتكون شرطا، وإنما تكون وعداً فى صورة المضارع ، ومجرد اخبار وأمر فى غيرها .

وأما المالكية فالذى يؤخذ من مجموع كلام الحطاب فى التزاماته : أن كل ما دل على الالتزام فهو شرط سواء كانت تلك الدلالة من اللفظ وحده أم بمعونة أمر آخر ، كسياق الكلام وقرائن الأحوال ، وأن الفرق بين ما يكون شرطاً أو وعداً يتوقف على القرينة الدالة على ذلك لفظية كانت أم غير لفظية . يقول فى بيان صيغة الالتزام ، وصيغته لفظ أو ما يقوم مقامه يدل على إلزام الشخص نفسه ما التزمه .

وفى تعريف العدة نقلا عن ابن عرفة : انها أخبار عن انشاء المخبر معروفا فى المستقبل ويقول فى الفرق بين ما يدل على الالتزام وبين ما يدل على العدة : ان المرجع فيه انما هو الى مايفهم من سياق الكلام وقرائن الأحوال . ولا يفرق بين العدة وبين الالتزام بصيغة الماضى أو المضارع(١) .

وأما الحنابلة ، فالشرط عندهم هو كل ما تعارفه الناس ، وعدوه شرطاً سواء كان بصريح الشرط أم بغيره . قال صاحب الإقناع — نقلا عن ابن تيمية والشرط بين الناس ما عدوه شرطا . فالأسماء تعرف حدودها تارة بالشرع وتارة باللغة . وتارة بالعرف ، وكذلك العقود(٢) » .

ومن هذا يتضح لنا أن الفقهاء متفقون على أن ما كان بصريح الشرط

---

(١) الفتاوى للشيخ عليش جـ ١ ص ١٨١ وما بعدها .

(٢) جـ ٣ ص ١٦٧

أو ما فى معناه ككلمة « على » يكون شرطاً . وأن الحنابلة والمالكية يحكمون العرف وقرائن الأحوال فيما يكون محتملا للشرط وغيره . وأن الشافعية يرجعون الفصل فى ذلك إلى القرينة . وأن الظاهر عند الحنفية أن الأمر موكول إلى القرينة الدالة على الوعد أو الشرط لفظية كانت أو غير لفظية .

هذا ولمعرفة الفرق بين الوعد وبين الشرط فائدة كبيرة فى موضوع الشروط ، ذلك أن الفقهاء – رحمهم الله تعالى – لا يجعلون للوعد أثراً فى فساد العقد الذى يقترن به مهما كان ذلك الوعد بخلاف الشرط فإن له أثراً كبيراً فى ذلك كما ستقف عليه فيما يأتى إن شاء الله تعالى .

ولهذا نجد المخالفين فى صحة بعض الشروط التى تثبتها النصوص الشرعية يلجئون إلى حمل ما ورد فيها على الوعد والتبرع لا على الشرط والالتزام . كما فعلوا ذلك فى قصة جابر بن عبد الله رضى الله تعالى عنهما – التى رواها البخارى وغيره من أصحاب السنن – من أنه باع جمله للنبى صلى الله عليه وسلم واستثنى حملانه إلى المدينة . فقد رأى بعض الفقهاء أن اشتراط البائع الانتفاع بالمبيع صحيح يلزم الوفاء به تمسكا بهذا الخبر ، وخالفهم فى ذلك آخرون فقالوا بفساد هذا الشرط وفساد البيع به ، ولما احتج عليهم بهذا النص الكريم أجاب عنه بعضهم بأن ركوب جابر لم يكن شرطاً فى البيع وإنما كان وعداً من الرسول وتبرعاً منه فقط . وكذلك فعلوا فى حديث عائشة وشرائها لبريرة بشرط عتقها – كما سيأتى – فقد حمله المخالفون فى صحة هذا الشرط فى البيع على الوعد فقالوا : إن البيع لم يكن بشرط العتق وإنما كان بوعد عتقها وغير ذلك كثير لمن تتبع السنن والآثار .

والسبب فى التفرقة بين كل من الشرط والوعد فى الحكم واضح ، فإن الوعد لما لم يكن فيه التزام بشىء وإنما هو مجرد إخبار من الواعد بإنشاء

معروف فى المستقبل كما تقدم عن ابن عرفة فلا يترتب عليه زيادة أو تغيير لموجب العقد وحكمه، أما الشرط فإنه يدل على الالتزام بالمشروط على وجه قد يترتب عليه تغيير لموجب العقد وحكمه ، وتغيير موكب العقد وحكمه ليس موضع اتفاق بين الفقهاء، ومن هنا كان حكم الشرط مخالفاً لحكم الوعد، كما سيأتى إيضاح ذلك فى محله إن شاء الله تعالى .

٢ — الشرط العرفى

تعريفه . اعتباره فى العقد وعدم اعتباره . شرط اعتباره عند من يرى اعتباره .

تعريفه :

الشرط العرفى هو ما يتقيد به التصرف ويثبت فيه بناء على ما تعارفه الناس وجروا عليه فى تصرفاتهم ، ومثاله أن يبيع شخص لآخر سلعة بثمن معين ، ولا يشترطان حلول الثمن ولا تأجيله ، والمتعارف التأجيل إلى شهر ، أو التقسيط على أشهر معلومة فإن الثمن يتأجل إلى شهر أو يقسط على تلك الشهور المتعارفة . ويكون ذلك شرطاً فى البيع كالشرط اللفظى سواء بسواء ، ومثاله أيضاً ما لو وكل رجل رجلا آخر وكالة مطلقة ببيع شىء ، وكان فى تجزئة ذلك الشىء ضرر فى العرف والعادة فإنه يكون اشتراطاً لعدم تفريق الصفقة على الوكيل ، وأمثلة هذا النوع كثيرة تختلف باختلاف الأزمان والجهات والأقوام ، فقد يتعارف الناس ثبوت شىء فى معاملاتهم فى زمن من الأزمان ثم يتعارفون غيره فى زمن آخر ، وقد يتعارف ذلك أهل جهة من الجهات ولا يتعارفه أهل جهة أخرى كما قد يتعارف ذلك طائفة معينة دون غيرها من الطوائف الأخرى ، كتعارف التجار مثلا أموراً فى بياعاتهم تتعلق بمكان تسليم السلع وأجرة نقلها وغير ذلك .

اعتبار الشرط العرفى :

اختلفت كلمة الفقهاء فى تقييد التصرفات بالشرط العرفى وعدمه . وتبع هذا الاختلاف اختلافهم فى ترتيب أحكام الشرط عليه من لزوم الوفاء بالصحيح منه دون فاسده أو باطله . وتأثيره فى التصرف بالفساد إن كان مفسدا .

فذهب الحنيفة إلى اعتبار هذا الشرط وتقييد العقد به كالشرط اللفظى. وكثر ذلك فى فروعهم حتى صار من قواعدهم « المعروف عرفاً كالمشروط شرطا » ومعناها أن الشيء الذى يتعارفه الناس فى معاملاتهم يلزم فى العقد كما لو نص عليه فيه صريحا .

ويوافق الحنيفة فى ذلك المالكية والحنابلة كما يؤخذ ذلك من عباراتهم ومسائلهم الفقهية الكثيرة . جاء فى التبصرة لابن فرحون المالكى مانصه: وفى سماع ابن القاسم سئل مالك عن الناكح هل يلزمه لأهل المرأة هدية العرس ، وجل الناس تعمل به عندنا حتى إنه لتكون فيه الخصومة ، أترى أن يقضى به ؟ قال : إذا كان ذلك قد عرف من شأنهم وهو عملهم لم أر أن يطرح ذلك عنهم إلا أن يتقدم فيه السلطان . لأنى أراه أمراً قد جروا عليه اهـ .

وهذا صريح فى أن الإمام مالكا ـ رحمه الله تعالى ـ نزل عرف الناس فى هدية العرس منزلة اشتراطها على الزوج فى عقد النكاح صراحة وهو يدل على أن العرف عنده بمنزلة النص الصريح .

وقال ابن القيم الحنبلى فى أعلام الموقعين : إن العرف قد أجرى مجرى النطق فى أكثر من مائة موضع . ثم أخذ يسرد كثيرا منها . فمن ذلك وجوب نقد البلد عند الإطلاق . ووجوب دفع الثمن فى الحال .. حتى كأنه مشروط فى العقد لفظا . ووجوب السلامة من العيوب حتى يسوغ الرد

بوجود العيب ، تنزيلا لاشتراط سلامة المبيع عرفا منزلة اشتراطها لفظا ، ووجوب وفاء المسلم فيه فى مكان العقد وإن لم يشترط ذلك لفظاً بناء على الشرط العرفى إلى غير ذلك من الصور التى ذكرها فى هذا المقام مما يدل دلالة قاطعة على أن الشرط العرفى عند الحنابلة كالشرط اللفظى .

أما الشافعية فلهم فى ذلك وجهان أصحهما أن العرف لا ينزل منزلة الشرط اللفظى كما يعلم ذلك من كتاب الأشباه والنظائر للسيوطى . فقد جاء فيه ما يلى :

١ — لو عم الناس اعتياد منافع الرهن للمرتهن فهل ينزل ذلك منزلة الشرط حتى يفسد الرهن ؟ قال الجمهور : لا ، وقال القفال : نعم .

٢ — لو جرت عادة المقترض برد أزيد مما أخذ ، فهل ينزل منزلة الشرط فيحرم إقراضه ؟ وجهان أصحهما لا ،

٣ — لو دفع ثوبا إلى خياط ليخيطه ، ولم يذكر أجرة ، وجرت عادة بالعمل بالأجرة ، فهل ينزل منزلة شرط الأجرة ؟ والأصح فى المذهب لا واستحسن الرافعى نعم .

وقد بحثنا - جاهدين - فى كتب الشافعية عن وجه هذا القول الأصح عندهم فلم نجد فيها ما يوضح لنا ذلك ، ولعل الوجه فيه أن دلالة العرف أضعف من دلالة النص الصريح فلا تقوى على تقييد صيغة التصرف التى صدرت من العاقد مطلقة عما يقيدها ، ولكن إذا علمنا أن العرف يعبر عن الإرادة العامة غالباً ويفهم الناس منه ذلك ، ويسلمون له جميعاً فتنقطع عنده منازعاتهم وتنتهى إليه خصوماتهم أدركنا فى سهولة أنه لا يقل فى الدلالة على ثبوت الشىء المتعارف عن دلالة اللفظ عليه ، وأن المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً فتتقيد به صيغة التصرف كما تتقيد بالشرط اللفظى . إذ كلاهما فى الدلالة على المراد سواء .

يقوى على هذا أن العرف - كما تقرر فى علم الأصول - إن كان قولياً فإنه يقيد المطلق ويخصص العام باتفاق العلماء ، وكذلك لو كان عملياً على الرأى الراجح عندهم . والشرط المتعارف لا يخرج عن ذلك فيكون مقيداً لصيغة التصرف المطلقة ، وبهذا يتبين رجحان القول بأن الشرط العرفى يتقيد به التصرف كالشرط اللفظى .

الشرط العرفى فى القانون :

وقد أخذ أهل القانون بتلك القاعدة «المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً» وجعلوها دعامة ترتكز عليها المعاملات خصوصاً المعاملات التجارية ، فطبقوها فى العقود التى تبرم بين التجار ، مثل عقد البيع والوكالة والكفالة ، وكذلك فى بيان طريقة التعامل بين المتعاقدين كشحن البضائع بطريقه معينة والاعطاء بالنقد أو بالأجل . بل قد زادوا فى احترامها حتى جعلوها مقدمة على نصوص القانون . ومن أجل هذا يحكم القضاء بوجود التضامن بين المدينين فى المعاملات التجارية ، وإن لم ينص عليه صراحة ، فى حين أن القانون يشرط لصحة التضامن أن يكون مصرحا به . ويحكم أيضاً بتخفيض الثمن فى حالة ما إذا لم يطابق المبيع الصفات المتفق عليها . لجريان عرف التجار بذلك . والقانون ينص على أن المبيع إذا لم يطابق الصفات المتفق عليها تفسخ البيع .

شرط اعتباره فى التصرف :

ليس كل ما يتعارفه الناس ، ويجرون عليه فى تصرفاتهم يعتبر ثابتا فى التصرف عند من يرى ذلك بدون قيد ولا شرط . بل يشترط فى ثبوته فى العقد وتأثره به ألا يوجد ما يدل على خلاف موجبه من قول أو عمل . أما إذا وجد شيء من ذلك فلا يعمل بموجب العرف ولا يحكم بمقتضاه .

كما إذا كان المعروف بين التجار تأجيل ثمن سلعة من السلع أو تقسيطه . ونص المتعاقدان على دفع الثمن فى الحال .

أو كان المعروف فى الأسواق أن أجرة نقل السلعة على المشترى واتفق العاقدان على أن تكون الأجرة على البائع .

وفى هذا يقول الشيخ على حيدر فى شرح مجـــلة الأحكام العدلية (جـ ١ صـ ١٧٥) : إن العروف والعادة تكون حجة إذا لم يكن مخالفاً لنص أو شرط لأحد العاقدين . كما لو استأجر شخص آخر على أن يعمل من الظهر إلى العصر فقط بأجرة معينة فليس للمستأجر أن يلزم الأجير العمل من الصباح إلى المساء بداعى أن عرف البلدة كذلك بل تتبع المدة المعينة » .
ويقول عز الدين بن عبد السلام فى قواعده (جـ ٢ ص ١٥٨) « كل ما يثبت فى العرف إذا صرح المتعاقدان بخلافه بما يوافق مقصود العقد صح» .

والوجه فى ذلك أن العرف لا يلجأ إليه إلا إذا لم يوجد ما يفيد مقصود العاقدين صراحة . فحيث علم المقصود صراحة من الشرط فلا يصار إلى دلالة العرف . إذ لا عبرة للدلالة فى مقابلة التصريح كما يقول العلماء .

وبهذا ينتهى الكلام عن الشرط اللفظى والعرفى ، وسيأتى الكلام عن الصحيح منهما وغير الصحيح ، وأثر كل منهما فى العقود والتصرفات إن شاء الله تعالى .

(جـ) مكان الشرط من العقد :

الشرط إما أن يذكر فى أثناء العقد مقترنا بالصيغة الدالة على إنشائه ويسمى شرطا مقارنا ، وإما أن يحصل الاتفاق عليه قبل إنشاء العقد وإبرامه ولا يجرى له ذكر فى إثناء العقد لا بالإثبات ولا بالنفى ويسمى شرطا سابقا

أو مقارنا ، وإما أن يحصل الاتفاق عليه بعد إنشاء العقد وإبرامه ويقال له الشرط اللاحق أو المتأخر .

فالشرط المقارن لا نزاع بين العلماء فى ثبوته فى العقد وتأثيره فيه تأثيراً يختلف باختلاف ذلك الشرط صحة وفساداً على ما سيأتى بيانه فى موضعه .

أما الشرط المتقدم والمتأخر فهما محل نزاع بين العلماء ، وإليك آراءهم وحججهم فى ذلك .

الشرط المتقدم

لاخلاف بين العلماء فى أن المتعاقدين متى صرحا فى العقد بنفى الشرط الذى سبق اشتراطه قبل إجرائه واتفقا على العدول عنه فلا يثبت فى العقد ولا يكون له تأثير فيه بحال وإنما الخلاف بينهم فيما إذا لم يصرحا أثناء العقد أو قبله بنفى الشرط السابق وإنما عقدا العقد خالياً من الشرط المتفق عليه بينهما من قبل سواء أكان ذلك الاتفاق فى مجلس العقد أم قبله ، فذهب المالكية[1] والحنابلة[2] إلى ثبوته فى العقد وتأثر العقد به كالشرط المقارن من غير فرق بينهما فى ذلك .

وذهب الشافعية[3] والظاهرية[4] والإمام أحمد[5] فى رواية إلى أن الشرط المتقدم لايكون كالمقارن ، بل يبقى التزاماً مستقلا بنفسه لا تأثير له فى العقد

---

(١) فتاوى الشيخ عليش جـ ١ ص ١٢٤ .

(٢) فتاوى ابن تيمية جـ ٣ ص ٣٤٩ .

(٣) المجموع للنووى جـ ٨ ص ٣٧٤ .

(٤) المحلى لابن حزم جـ ٨ ص ٢١٢ .

(٥) كشاف القناع جـ ٢ ص ٣٦ .

أصلا . إن شاء وفى به الملتزم ، وإن شاء لم يف غاية الأمر أن الوفاء به أولى وأحسن لأنه من مكارم الأخلاق كالوعد المطلق .

وفصل الحنفية فى ذلك فقالوا :

الشرط أما أن يكون صحيحاً أوفاسداً ، وعلى كل إما أن يتفق المتعاقدان على بناء العقد عليه أو على عدم البناء أو يختلفا فى ذلك . فإن اتفقا على بناء العقد عليه كان حكمه حكم الشرط المقارن مطلقاً سواء كان شرطاً صحيحا أم فاسداً .

وإن اتفقا على أنه لم يحضرهما شىء وقت العقد ، أو اختلفا فى ذلك . فقال أحدهما قصدت بناء العقد على ما تقدم بيننا من الشرط . وقال الآخر أعرضت عنه أو لم أقصد البناء ولا الإعراض عنه . فإن كان الشرط المتقدم صحيحاً ثبت فى العقد ووجب الوفاء به كالشرط المقارن بالاتفاق بين الإمام وصاحبيه . وإن كان شرطا فاسدا فلا يثبت فى العقد عند الإمام ، ويثبت فيه عند الصاحبين ، ومن هذا يتضح أن رأى أبى يوسف ومحمد يتفق ورأى المالكية والحنابلة . وأن الإمام أبا حنيفة يوافق هؤلاء فى الشرط الصحيح، وفى الشرط الفاسد إذا اتفق العاقدان على بناء العقد عليه ، ويوافق الشافعية ومن معهم فيما عدا ذلك وعلى هذا سنجعل الخلاف فى هذه المسألة محصوراً بين فريقين : فريق القائلين بأن الشرط المتقدم كالشرط المقارن . وفريق القائلين بأنه لا يأخذ حكمه بل هو كالوعد إن شاء وفى به الملتزم وإن شاء لم يف به وذلك لسهولة إقامة الأدلة والمقارنة بينها من جهة ، ولدخول مذهب المفصلين تحت هذين المذهبين من جهة أخرى . ومع هذا فسنعنى ببيان وجهة المفصل بقدر ما نستطيع . وإليك أدلة كل فريق فيما ذهب إليه :

استدل القائلون بأن الشرط المتقدم كالشرط المقارن فى الصحة والوفاء أو فى الفساد والإلغاء بالمنقول والمعقول . أما المنقول فكما يأتى :

أولا ـ الآيات الكثيرة ، والأحاديث العديدة التى تأمر بالوفاء بالعهود وتمدح المحافظين عليها ، وتذم الناقضين لإتفاقاتهم . الناكثين لشروطهم كقوله تعالى « يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود » وقوله عز اسمه ـ فى بيان صفات المفلحين ـ « والذين هم لأماناتهم وعهدهم راعون »[١] وقوله جل شأنه « يا أيها الذين آمنوا لم تقولون مالا تفعلون كبر مقتاً عند الله أن تقولوا ما لا تفعلون »[٢] ، وقول الرسول صلى الله عليه وسلم « يُنصب لكل غادر لواء يوم القيامة بقدر غدرته ، فيقال : هذه غدرة فلان » إلى غير ذلك من الآيات والأحاديث المتضافرة فى هذا المعنى، قالوا فهذه آيات الكتاب المبين وأحاديث الرسول الأمين توجب الوفاء بكل مايطلق عليه اسم العقد والعهد ، ولاريب أن من يتشارط مع غيره فى البيع أو النكاح على أمور كصفات فى المبيع أو الثمن أو المرأة أو المهر ثم عقدا العقد بناء على ذلك فإنه يقال فيهما: إنهما تعاقدا وتعاهدا على ذلك ، كما يقال ذلك فى حالة الشرط المقارن ، والعرب وأهل اللسان لايعقلون غير ذلك ، ولا يفهمون خلافه والقرآن نزل بلسانهم وعلى وفق لغتهم ، والسنة مروية عن أفصحهم فوجب أن تفهم على حسب مقتضياتها .

وثانياً ـ بما رواه أبو داود والترمذى من أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « المسلمون عند شروطهم أو على شروطهم إلا شرطاً حرم حلالا أو أحل حراماً » ووجه الدلالة فى هذا الخبر أنه يفيد أمر المسلمين بالوقوف

---

(١) آية : ٨ سورة المؤمنون .

(٢) آيتا : ٢ ، ٣ سورة الصف .

عندما توجبه عليهم شروطهم والتزاماتهم مادامت لاتبيح شيئاً ثبت عن الشارع تحريمه ولاتحرم عليهم أمراً شرعه الله لعباده، وألزمهم به . ولاشبهة فى أن ماتقدم العقد يطلق عليه اسم الشرط كما يطلق على مايقارنه ، ولهذا نرى الناس وقت الخصام يقول أحدهم لصاحبه ألم يكن الشرط بيننا كذا وكذا ، ألم أشارطك على كذا وكذا ، وإذا كان كذلك فيكونان فى الحكم سواء ،

وثالثاً - بما جاء فى حديث السيرة المشهور أن الأنصار لما بايعوا النبى صلى الله عليه وسلم ليلة العقبة قالوا : يارسول الله اشترط لربك ، واشترط لنفسك واشترط لأصحابك ، فقال صلى الله عليه وسلم : أشترط لربى أن تعبدوه ولاتشركوا به شيئاً ، وأشترط لنفسى أن تمنعونى مما تمنعون منه أزركم ، وأشترط لأصحابى أن تواسوهم ، فقالوا : إذا فعلنا ذلك فمالنا : قال : الجنة قالوا : مُدّ يدك ، فوالله لانقيلك ، ولانستقيلك . فبايعوه على ذلك ، قالوا فهذا الخبر كالشمس وضوحاً فى تأييد قولنا ، أفلا ترى كيف تقدم الشرط عقد المبايعة ، واكتفى بذلك عن إعادته ثانياً وقت التكلم بها . ولو كانوا قد تكلموا بها عند المبايعة فقد سموا ما قبل العقد شرطا ، فيكون داخلا فى مسماه ، الذى قد دلّ الكتاب والسنة على وجوب الوفاء بكل مالم يخالف الشرع وتحريم ماخالفه .

وأما المعقول فقالوا فيه مايأتى :

١ — العقود - فى الحقيقة - إنما تثبت بناء على رضا المتعاقدين ، كما دل على ذلك قول الله تعالى فى كتابه الكريم « إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم » والكلام الصادر من المتعاقدين أو مايقوم مقامه إنما اكتفى به لأنه دليل على ذلك الرضا . فإذا اتفق مريدا العقد على أمور بينهما ثم تعاقدا . كان من المعلوم - فى العادة - أنهما إنما تراضيا بالعقد الذى تحقق فيه تلك الشروط التى اتفقا عليها قبل العقد . ومن ادعى أن أحدهما قد رضى بعقد مطلق كان بطلان قوله معلوما بالضرورة . وإذا كان العاقدان إنما رضيا

بالعقد الذى تشارطا عليه من قبل ، وكان ملاك العقود هو الرضا ، وجب أن يكون العقد مارضيا به . وهو مايشتمل على الشرط السابق ، لا الخالى منه .

٢ — حقيقة العقود إنما هى بالقلوب والقصود . وإنما العبارات مبينات لما فى القلوب من المعانى . وبيان العبارات لما فى القلب لا يختلف بجمع الكلام فى وقت ، أو تفريقه فى وقتين . لاسيما الكلام الكثير الذى قد يتعذر ذكره حين العقد . هذا هو الواقع فى خطاب الخلق ، بل فى أفصح الخطاب وأبلغه . فإن من يذكر قاعدة من القواعد يمهد لها بكلام سابق عليها ، يبين به مراده . ثم يطلق الكلام إطلاقا ، ويرسله إرسالا . وهو إنما يريد به ذلك المقيد والمستمع يفهم منه ذلك ، ويحمل كلامه عليه . كالعالم يقول مثلا : يجوز للرجل ان يوصى بثلث ماله . فلا يدخل فى كلامه المجنون ونحوه للعلم . بأنه قرر فى موضع آخر أن المجنون لاتنفذ تصرفاته .

فإذا قال أحد العاقدين لصاحبه : بعتك كذا . أو زوجتك كذا . وقال الآخر : قبلت ونحوه ، وكان قد سبق بينهما اتفاق على شروط فى البيع أو التزاوج ، فإن عبارتهما . وإن كانت مطلقة ـ فى الظاهر ـ عن أى شرط ـ مقيدة بما تشارطا عليه من قبل . فمعنى كلام الأول بعتك البيع الذى تشارطنا عليه . أو زوجتك الزواج الذى تراضينا عليه ، ومعنى كلام الآخر قبلت ذلك البيع أو النكاح .

ومن جعل هذا الكلام مطلقا ـ بعد أن تقدمت المشارطة بينهما على العقد ـ فقد خرج عن مقتضى قواعد خطاب الخلق ، وكلامهم فى إيجابهم ، ومقاصدهم .

تلك جملة مايستند إليه القائلون بعدم الفرق بين الشرط المتقدم والمقارن فى حكم من الأحكام .

اما القائلون بالتفرقة بينهما ، وأن الشرط المتقدم لايكون له من الأثر مايكون للشرط المقارن فلم أعثر فى كتبهم المختلفة - مع كثرة البحث والتنقيب فيها - على مدركهم فى هذه التفرقة . ولعلهم يقولون فى ذلك ما يأتى :

أولا : التصرف إنما يستفاد من العبارة الدالة على إنشائه . أو مايقوم مقامها فى ذلك . فيلزم اعتبارها والنظر اليها وحدها . فان كانت مطلقة لم تتقيد بالتزام آخر كان العقد مطلقا تبعا لذلك . وإن كانت مقيدة بشىء من الالتزامات كان العقد مقيداً تبعا لذلك أيضا على أن ما يتقدم العقد من الشروط قد يغفل عنه العاقدان ولا يذكرانه حين العقد . ومثل هذا كيف نحكم باعتباره ، ونقيد التصرف به ؟

ثانيا : الشرط فى العقد كالإستثناء فى الكلام ، كلاهما يقيد ما تقترن به ، ويغير موجبه ومقتضاه . والاستثناء إنما يعتبر إذ كان مقارنا للكلام المستثنى منه ، فيلزم أن يكون الشرط مثله فى هذا .

ثالثا : وهو يصلح مؤيدا لما ذهب إليه الإمام أبو حنيفة - أن الأصل فى التصرفات الشرعية الصحة لا الفساد والبطلان . واللائق بحال المسلم أن يوقع تصرفه على الوجه المسموح به لا الممنوع . وهـــذا يقضى بإلغاء الشرط الفاسد الذى سبق الاتفاق عليه ، واعتبار العقد والنظر إليه وحده ترجيحا لجانب الصحة التى هى فى الأصل . وحملا لحال المسلم على الصلاح ما أمكن . بخلاف ما إذا كان الشرط المتقدم صحيحا أو كان شرطا فاسداً اعترف العاقدان ببناء العقد عليه . حيث لا يترتب على اعتبار الأول مخالفة للأصل المذكور آنفا لأن العقد يصح فى الحالتين .

وحيث لا يمكن حمـــل تصرف العاقدين على الصحة هنا مع إظهارهما وإعلانهما المخالفة للمشروع .

هذا غاية ما يمكن أن يوجه به رأى هؤلاء الأئمة ـ رحمهم الله تعالى ـ وقد بقى علينا أن نذكر ما يمكن أن يتجه على هـذه الحجج من اعتراض ومناقشة . لنرى على ضوئها أى الآراء أولى بالقبول وأحق بالاتباع .

أما القائلون بالتفرقة بين الشرط المتقدم والمقارن فيتجه عليهم فى معقولهم الأول ما يأتى :

إن استفادة التصرف من العبارة أو ما يقوم مقامها فى ذلك لا يستلزم اعتبارها ، والنظر إليها وحدها . والحكم عليه بالإطلاق والتقييد تبعاً لذلك . من غير التفات إلى ما تقدمها من شروط والتزامات .

كيف وقد أثبتنا بالأدلة النقلية والعقلية المستندة إلى الشرع ، أن ما تقدم على التصرف يقيـده . ويوجب اعتبـار التصرف اللاحق على حسب الاتفاق السابق .

أما نسيان العاقدين وغفلتهما عمـا سبق منهما من شروط فهو أمر نادر لا يبنى الفقه على مثله ، إذ الغالب بين الناس أن من يشرط على غيره شرطا ثم ينشآن العقد بعد ذلك أن يلاحظا الشروط المتقدمة ويجعلانه مبنياً عليها .

ويقال لهم فى معقولهم الثانى : لا نسلم أن عـلة اشتراط المقارنة فى الاستثناء هى تقييده للكلام الذى يدخله حتى يكون الشرط مثله فى ذلك ، وإنمـا العلة شىء آخر هو أن الاستثناء كلام لا يستقل بنفسه فى الإفادة ، بل إفادته متوقفـة على اتصاله بكلام آخر ، والشرط لا يشبهه فى ذلك لأنه مستقل بنفسه فى الإفادة لا يتوقف على غيره ، فيصح أن يكون متقدماً على العقد كما يصح أن يكون مقارناً له أو متأخراً عنه على حسب رغبة المتعاقدين ، وتبعاً لإرادتهما فى ذلك .

ويقال لهـم فى المعقول الثالث : إن التفـرقة بين الشروط الصحيحة والفاسدة تفرقة بين متماثلين إذ كلاهما متقدم على العقد مذكور قبله ، وقد

جرى عرف الناس بمراعاة ما يتقدم على العقد وبناء العقد عليه ، وأصالة الصحة لا تصلح دليلا على العدول عن الشرط المتقدم إن كان فاسدا لأن إقدام العاقدين على الاتفاق على ذلك الشرط ومبادرتهما إليه قبل إنشاء العقد دليل قوى على أنهما يقصدان تحققه فى العقد واشتماله عليه ، كما يشهد بذلك عرف الناس وعادتهم .

على أن التمسك بأصالة الصحة - إن كان له شىء من الوجاهة فى حالة علم العاقدين بفساد الشرط - فليس له أى وجه فى حالة جهلهما بفساده ، وهى - لعمر الحق - الحالة السائدة اليوم بين الناس إذ من النادر أن يعلم أكثر المتعاملين لا سيما أهل الأسواق - صحيح الشروط وفاسدها ، حتى يغلب على الظن أنهم يريدون بعقودهم الصحيح منها لا الفاسد ،

والظاهر أن حكم الإمام أبى حنيفة بهذا إنما كان بناء على غلبة العلم والصلاح بين الناس فى زمانه ، وعلى عدم اعتيادهم بناء العقود على ما يتقدمها من الشروط . ولو أدرك ما أدركه غيره لما وسعه البقاء على رأيه .

وأما الآخرون فيرد على أدلتهم ما يأتى :

إن غاية ما تفيده الآيات والأحاديث التى توجب الوفاء بالعقود هو لزوم الوفاء بالشروط المتقدمة ، وأن لا يحل الإخلال بشرط منها كالشروط المقارنة للعقد متى كانت صحيحة ، وأين هذا من التحاقها بالعقد ، وثبوت الخيار فى فسخه عند فوات الصحيح منها فيه ، وفساد العقد أو بطلانه بغير الصحيح كما هو حكم الشروط المقارنة على ما سيأتى ؟

ويجاب عن هذه المناقشة ، بأن الغرض من سوق هذه الأدلة إثبات أن الشارع الحكيم لا يفرق بين الشروط المقارنة والمتقدمة ، وأن الجميع فى نظره سواء ، يلزم الوفاء بها ، ويحرم الغدر فيها ، مادامت لا تخالف شرعه

ولا تناقض حكمه ، فالتفرقة بينهما - كما تقولون - غير مقبولة لمخالفتها لتلك الأدلة .

أما التحاق الشروط المتقدمة وثبوتها فى العقد كالشروط المقارنة .. فقد أثبتته الأدلة الأخرى التى سقناها فيما تقدم .

ويقال لهم فى حديث « المسلمون عند شروطهم الخ » ما قيل فى آيات الوفاء وأحاديثه . والجواب هو الجواب .

وبهذا يتضح لنا أن القائلين بالتفرقة بين الشروط المتقدمة والمقارنة لم يسلم لهم دليل على ما ذهبوا إليه ، وأن القائلين بالتسوية بينهما قد سلمت أدلتهم فيكون ما ذهبوا إليه هو الراجح ؛ ويزيد فى راجحيته أن العمل به يوصد باب التحايل على من يريد التوصل إلى الشروط المحرمة فى نظر الشارع. لأنه لا يفرق فى تأثر العقد بالفاسد منها بين الشرط المتقدم عليه وبين المقارن له . بخلاف الرأى المقابل فإنه يؤدى إلى فتح باب التحايل إلى الشروط المحرمة ، إذ لا يعجز من يريد عقداً حرمه الله ورسوله لما فيه من الشرط أن يتواطأ مع من يتعاقد معه على ذلك الشرط ، ثم يسكتا عنه أثناء انعقاده ليتم غرضهما ، ويحصل مقصودهما .

فإن أراد أن يعقد عقد نكاح « مثلا » يحل به الرجل المرأة لزوجها الأول ولم يتلفظ بشرط التحليل فى صلب العقد كان العقد صحيحاً فى رأى ذلك البعض من الفقهاء . ومثل هذا أى عقد يحكم بفساده إذا اقترن به شرط من الشروط المحرمة حيث يكون صحيحاً متى تقدم ذلك الشرط عليه ولم يذكر فى صلب العقد .

ومن تأمل الشريعة حق التأمل علم أنه لا فرق بين الشرط المتقدم وبين المقارن : إذ مفسدة الشرط لم تزل بتقدمه على العقد ، بل مفسدته مقارناً

كمفسدته متقدما . وكيف تفرق الشريعة بين متماثلين من كل وجه لافتراقهما في تقدم لفظ وتأخره ، مع استواء العقدين في الحقيقة والمعنى وهل هذا إلا أقرب الوسائل والذرائع إلى حصول ماقصد الشارع إعدامه ،وإبطاله ، فنهى عنه وحرمه .

الشرط المتأخر

أما الشرط المتأخر عن العقد فتفصيل [١] المذاهب فيه كما يأتي .

ذهب أبو حنيفة ـ رحمه الله تعالى ـ إلى أن الشرط الواقع بعد العقد يلتحق به ويؤثر فيه كالشرط المقترن به مطلقا سواء أكان شرطا صحيحا أو فاسدا .

وذهب المالكية والظاهرية إلى أنه لا يلتحق بالعقد مطلقاً صحيحا كان أم فاسدا . شرط بعد لزوم العقد أو قبل لزومه .

وذهب آخرون إلى التفصيل فى ذلك ـ وهم الشافعية والحنابلة وأبو يوسف ومحمد من الحنفية ، ولكنهم يختلفون في هذا التفصيل ومحله .

فأبو يوسف ومحمد فصلا في الشرط صحة وفسادا فقالا : الشرط إما أن يكون صحيحاً أو فاسداً . فإن كان صحيحا التحق بالعقد وأثر فيه وإن كان فاسداً لم يلتحق به ولم يؤثر فيه .

والشافعية ومن معهم فصلوا في الشرط باعتبار الوقت الذى يشترط فيه فقالوا :

---

(١) انظر البدائع ج ٥ ص ١٧٦ ، وفتاوى الشيخ عليش ج ٢ ص ١٢٤ . والحطاب شرح متن خليل ج ٣ ص ٤٤٦ ، المجموع للنووى ج ٩ ص ٢٧٤ وكشاف القناع ج ٣ ص ٥٢ .

الشرط المتأخر إما أن يشترط قبل لزوم العقد أو بعد لزومه فإن اشترط قبل لزومه التحق به ، ووجب الوفاء به إن كان صحيحا ، ولا يجب إن كان فاسداً أو باطلا . وإن اشترط بعد لزومه فلا يلتحق به ولا يؤثر فيه بحال .

(الأدلة)

الذاهبون إلى التحاق الشرط مطلقا قالوا : إن التصرف يجب حمله على الوجه الذى يريده المتصرف ، ويلزم اعتباره على الصفة التى يوقعه عليها ومتى كان أهلا لذلك التصرف ، والمحل قابلا لحكمه ، والعاقد بذكره الشرط بعد العقد إنما يقصد تقييده به ، فيجب اعتبار مايقصده . وإيقاع تصرفه على الوجه الذى يريده ، صحيحاً كان ما قصده أم فاسدا .

وقال الذاهبون إلى التحاقه إن كان شرطا صحيحا ، وإلى عدم التحاقه إن كان فاسدا : العقد كلام لا بقاء له ينتهى بمجرد حصوله ، فكيف يلتحق به الشرط الذى يذكر بعده . إلا أنه اذا كان شرطا صحيحا كان هناك حاجة إلى اشتراطه ، وثبوته فى العقد . فيجعل العقد باقياً فى الحكم حتى يلتحق به دفعاً لهذه الحاجة .

وأما القائلون بعدم التحاقه مطلقا فلم أجد فى كتبهم توجيهاً لرأيهم هذا . ولعلهم يحتجون بمثل ما احتج به القائلون بعدم الالتحاق إن كان شرطا فاسدا غير أنهم لا يقولون ببقاء العقد حتى يلتحق به الشرط إن كان صحيحا، وقد يتمسكون فى ذلك بانتفاء الدليل القاضى بهذا البقاء ، لأن الحاجة المدعاة إلى الشرط الصحيح يكفى فى دفعها الحكم بلزوم الوفاء بالشرط والقضاء به على من التزمه ، بناء على أنه التزام مستقل غير لاحق بالعقد .

وأما القائلون بالتحاق الشرط قبل لزوم العقد فقط فتوجيه مذهبهم كما يأتى :

العقد قبل اللزوم قابل للفسخ وإزالة حكمه فيكون قابلا للتعديل فى أحكامه والتغيير فى آثاره بما يرد عليه من الشروط اللاحقة بالطريق الأولى ولئن كان بعض الشروط مؤدياً إلى إفساد العقد وإبطال حكمه فليس فى ذلك مخالفة لمركز العقد ووضعه ، إذ هو قابل للفسخ والرفع فى تلك الحالة .

أما بعد اللزوم فإن أحكامه تتقرر بحيث لا يملك العاقد أن يفر من موجبه وأن يتحلل من عهدته ، وفى التحاق الشرط به تغيير لهذه الأحكام المستقرة وافضاء إلى الفرار من أحكام العقد وآثاره ، وذلك مخالف الزومه واستقراره فلا يصح .

الترجيح :

والناظر إلى ما يعتمد عليه المختلفون فى إثبات ماذهبوا إليه لايجد نصاً من كتاب الله عز وجل وسنة رسوله صلى الله عليه وسلم حتى يتكلم فى ثبوت هذا النص أو فى صحة دلالته على المدعى وعدمها ، وإنما يجد حججاً تعتمد فى جملتها على مايستفاد من أحكام الشريعة وقواعدها العامة المتعلقة بما يكون للعاقد من السلطان فى تغيير العقد الذى أنشأه .

وأنت خبير بأن من العقود مالا يقدر العاقد على رفعها بعد وقوعها كالعتق ونحوه وأن منها ما يقبل الفسخ والرفع بتراضى الطرفين فى بعضها كالبيع والإجارة ونحوهما من العقود اللازمة ، وبعدم تراضيهما فى بعضها كالهبة ـ عند بعض الفقهاء ـ والوكالة والبيع بخيار أحد الطرفين وعلى هذا فالواجب هو التفصيل بين بعض التصرفات وبين البعض الآخر . فما كان منها لا يقبل الفسخ والرفع فلا يلتحق به مايذكر بعده من الشروط . إذ فى الالتحاق

تغيير وتبديل لما تقرر لها من الأحكام وهى لاتقبل ذلك وما كان منها قابلا للفسخ يلتحق به مايذكر بعده من الشروط . لأنه متى كان للعاقدين أو لأحدهما قدرة على فسخ العقد ، وإزالة حكمه فأولى أن يكون لهما القدرة على تغيير هذه الأحكام ، أو تعديلها بواسطة شرط يشترطانه بعد العقد . لأن التغيير تبديل للوصف فقط ، والفسخ رفع للأصل والوصف معاً . وهذا مانختاره فى هذه المسألة . ولانرى أن مذهب أبى حنيفة يخالف ذلك . فإن مذهبه فى التحاق الشرط المتأخر إنما حكى عنه ، فى باب البيع ، وهو من العقود التى تقبل الفسخ بتراضى الطرفين هذا من جهة ومن جهة أخرى فإن ماقاله الفقهاء المتأخرون من الحنفية ، تأييداً لمذهبه فى ذلك ، « من أن العاقدين يملكان الفسخ فالتغيير أولى» ظاهر فى أن الالتحاق عنده إنما هو فى العقود التى يمكن فسخها كالبيع ونحوه لا فى غيرها من العقود التى لاتقبله (١) .

---

(١) بدائع الصنائع ج ٥ ص ١٧٦

القسم الأول

وفيه مبحثان

المبحث الأول : فى الشروط الصحيحة والباطلة فى نظر الفقهاء :

لا خلاف بين الفقهاء فى أن بعض الشروط مباح وجائز. فيصح التزامه ، ويجب الوفاء به على من التزمه . وأن بعضها ليس بمباح ولا جائز ، فلا يصح التزامه ، ولا يجوز الوفاء به. ولكن ماهو الضابط للشروط الصحيحة المشروعة ، والشروط الفاسدة الممنوعة (هنا يختلف نظر الفقهاء) ويفترقون - فى ذلك - إلى طائفتين طائفة ترى أن الشروط الصحيحة هى : التى لم يرد عن الشارع نهى عنها بخصوصها ، ولا تتنافى مع دين الله وشرعه . سواء قام الدليل المعين على اعتبارها أو لم يقم ، وسواء وافقت مقتضى العقد أو لم توافقه... فالأصل فى الشروط — عندهم — هو الجواز .. والصحة . ولا يحرم شرط منها ولا يفسد إلا إذا خالف حكم الله ورسوله .

وعلى رأس هؤلاء ابن تيمية وتلميذه ابن القيم . فقد قررا هذا الأصل وأخذا يدافعان عنه فى قوة وجلاء . وراحا يكرران أنه مذهب الامام أحمد كما تدل على ذلك الأصول المنقولة عنه . كما أنه الرأى المنصور عند الطباطبائى « أحد علماء الشيعه الامامية » كما يدل على ذلك ماقاله فى كتابه مفاتيح الأصول وعبارته فيه كما يأتى :

« إذا تحقق شرط فى ضمن عقد أو إيقاع . ولم يقم دليل من الشرع على صحته أو فساده بالخصوص فهل الأصل الصحة أو الفساد . فيه خلاف .. والأول هو الراجح » .

وطائفة ترى أن الشروط الجائزة هى . التى توافق مقتضى العقد وتلائم

حكمه . أو التي يدل على مشروعيتها دليل معين من الأدلة المعتبرة فى إثبات الأحكام الشرعية كالنص والإجماع بالاتفاق، والقياس والاستحسان والمصالح المرسلة عند البعض. وما عدا ذلك من الشروط فليس بصحيح ولامشروع .. فالأصل عندهم هو فساد الشروط ، وعدم صحتها حتى يقوم الدليل المعين على الجواز والصحة ... وهؤلاء هم الحنفية والشافعية والمالكية وجمهور الحنابلة كما تقضى بذلك أصولهم وقواعدهم ، وعبارات فقهائهم التى ستقف عليها فى المبحث الثانى ـ إن شاء الله تعالى ـ

وعلى هذا الرأى أيضاً الظاهرية كما صرح بذلك ابن حزم فى كتابه « الإحكام » فقد تعرض فيه لبيان الأصل فى الشروط الواقعة فى العقود وذكر أن العلماء انقسموا بالنسبة للشروط فى العقود إلى فريقين : فريق يرى أن الأصل فيها الإباحة والصحة حتى يقوم الدليل المعين على التحريم والفساد ، وساق لهم مايحتجون به فى ذلك من المنقول والمعقول . ثم كر على أدلتهم بالنقد والإبطال ثم ذكر الرأى المقابل له وهو « أن كل شرط اشترطه إنسان على نفسه أو لها على غيره فهو باطل لايلزم من التزمه أصلا . إلا أن يكون النص أو الاجماع قد ورد أحدهما بجواز التزام ذلك الشرط بعينه أو بالزامه » ثم أخذ يدافع عن هذا الرأى بعنف وشدة عكس مافعل ابن القيم وأستاذه فى الرأى الأول .

فالأولون فتحوا باب الشروط فى العقود على مصراعيه . وأطلقوا الناس الحرية فى تغيير أحكامها وآثارها ، ولم يقيدوهم إلا بقيد واحد وهو : ألا يخالف مايشترطونه فيها كتاب الله تعالى ، أو سنة رسوله .

والآخرون سدوا هذا الباب سداً محكماً ولم يفتحوه إلا بقدر معلوم يختلف سعة وضيقاً تبعاً لاختلاف نظرهم فى الأدلة الشرعية وما يصح أن يعتمد عليه منها فى مشروعية الشروط ، وما لا يصح الاعتماد عليه . وتبعاً

لنظرتهم فى موافقة الشرط لمقتضى العقد ، وملاءمته لحكمه وانتفاء ذلك .

فأباح الأولون الشروط التى تصحب عقد النكاح ، وأوجبوا الوفاء بها كاشتراط المرأة ألا يتزوج عليها الرجل ، أو ألا ينقلها من دراها أو من بلدها ، وأعطوا المرأة حق الفسخ إذا خالف الزوج ما شرطه على نفسه ، كما أجازوا اشتراط البائع أن ينتفع بالمبيع مدة معلومة بعد البيع ، وأن يكون له أخذه بالثمن الذى باعه به متى أراد المشترى بيعه ، بل أجاز ابن تيمية لبائع العقار أن يشترط على المشترى وقفه أو جعله مسجداً ، وأباح لمن يملك مالا لغيره بطريق من طرق التمليك أن يشرط على ذلك الغير أن يتصدق به أو أن يقضى به دين فلان أو أن يصل به رحمه وغير ذلك من كل شرط فيه منفعة مقصودة للعاقد ما دام ذلك الشرط لا يلغى المقصود من العقد ، وهو ما وضع العقــد لإفادته فى جميع صوره كالملك فى البيع والوطء فى النكاح لما فى ذلك من الجمع بين المتناقضين : بين إثبات المقصود ونفيه ، وهو لغو باطل ، وما دام الشرط لا يخالف حكم الله وشرعه(١)

والآخرون منعوا صحة هذه الشروط أو أكثرها بناء على هذا الأصل الذى أصلوه فى الشروط وساروا عليه .

ومن هنا يحق لنا أن نسمى الأولين بالمبيحين أو المطلقين ، وأن نسمى مخالفيهم بالمحرمين أو المقيدين .

وإذ عرفنا آراء الفقهاء فى الشروط ما يحل منها وما يحرم ، وما يصح منها وما يبطل فلنتكلم فيما تمسك به كل فريق من الحجج والأدلة الشرعية واستند إليه فى إثبات رأيه ودعم مذهبه :

---

(١) راجع الفتاوى لابن تيمية جـ ٣ صـ ٣٤٤ وما بعدها .

أدلة المبيحين :

أما المبيحون فقد تمسكوا بالكتاب والسنة والأثر والمعقول :

أما الكتاب فقد استندوا منه أولا :

على قول الله تبارك وتعالى « يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود » قالوا : هذه آية من كتاب الله عز شأنه توجب الوفاء بالعقود وحفظ ما يقتضيه العقد ، والقيام بموجبه على وجه العموم من غير فرق بين عقد وعقد . فكل ما صدق عليه اسم العقد فهو واجب الوفاء ، والقيام بموجبه ما لم يرد عن الشارع ما يدل على تحريمه وفساده . ولا ريب أن الشرط عقد من العقود كما يشهد بذلك عرف العرب ، ولغتهم التى نزل على وفقها القرآن . فيكون كل شرط واجب الوفاء حتى يقوم الدليل على التحريم والفساد .

« وثانياً » بما جاء فى القرآن الكريم من الآيات التى توجب الوفاء بالعهود ، وتحرم الغدر فيها وهى كثيرة متظافرة فى هذا المعنى . من ذلك قوله عز اسمه « وأوفوا بالعهد إن العهد كان مسئولا » وقوله جل شأنه فى بيان صفات المفلحين « والذين هم لأماناتهم وعهدهم راعون » وقوله سبحانه « يا أيها الذين آمنوا لم تقولون مالا تفعلون كبر مقتا عند الله أن تقولوا مالا تفعلون » ووجه الدلالة فى هذه الآيات أنها توجب الوفاء بالعهود وتمدح المحافظين عليها . وتنعى على الناقضين لها على وجه الإطلاق والعموم والشرط بين المتعاقدين عهد قيدت به ذمتهما فيجب الوفاء به ، ويحرم الإخلال بموجبه ما لم يقم الدليل على تحريمه وفساده كشرط يفضى إلى الربا أو الغرر والجهالة . ، المؤدية للنزاع والخصام بين المتعاقدين وما أشبه ذلك .

وأما السنة فأولها :

ما رواه أبو داود والدارقطنى من طريق كثير بن زيد عن الوليد بن رباح عن أبي هريرة ـ رضى الله تعالى عنه ـ قال : قال رسول الله صلى الله

عليه وسلم : « الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحا أحل حراما أوحرم حلالا والمسلمون على شروطهم أو عند شروطهم » .

ووجه الدلالة فى هذا الحديث ، أنه عليه الصلاة والسلام أخبر عن المسلمين بأنهم واقفون عند شروطهم ، مرتبطون بما أبرموه منها وفى ذلك إيذان بأن الوفاء بها واجب ، وإن من لم يف بما شرطه على نفسه . ولم يقف عند حدود اتفاقه ، فليس بمسلم . وفى هذا دليل على صحة الشروط جميعها ، وأنه لا يجوز الإخلال بموجبها ما لم يرد عن الشارع ما يدل على تحريم شرط منها وبطلانه ، قالوا :

ولو كان الأصل فى الشروط هو المنع والتحريم ، وأنه لا يباح شرط ولا يصح إلا إذا دل على إباحته وصحته دليل معين لما جاء الحث فى كتاب الله تعالى وسنة رسوله على الوفاء بالشروط والتمسك بموجبها على هذا الوجه من الإطلاق والعموم . بل لجاء النهى عنها على وجه الإطلاق والعموم ، والنص على ما يباح منهـــا بخصوصه كما هو المعهود من الشارع الحكيم فى خطاباته التشريعية . فإنه جل شأنه لا يأتى بهذا النوع من الخطاب إلا إذا كان ما يتعلق به أمراً مباحا .

أما إذا كان ممنوعا منه ولا يباح إلا فى أحوال خاصة فإنه ينهى عنه نهياً عاماً ثم يأتى الإذن فيه على وجه الخصوص لداع يقتضيه فالصلاة والصدقة والصدق ونحوها لما كانت مطلوبا مرغوباً فيها من الشارع جاء الأمر بها على وجه الإطلاق والعموم بقوله سبحانه . « وأقيموا الصلاة وآتوا الزكاة » وقوله جل شأنه « خذ من أموالهم صدقة تطهرهم وتزكيهم بها » وغير ذلك من الآيات والأحاديث النبوية الواردة فى ذلك مع أنها قد تمنع فى بعض الأحوال لفقد شرط من شروطها ، أو لضرر ينشأ عنها .

وقتل الأنفس والاعتداء على الأعراض والأموال لما كان الأصل فيها هو الحظر والتحريم إلا ما أباحه الشارع منها أو أوجبه ، جاء النهى عنها وتحريمها على سبيل الإطلاق والعموم بقوله جل شأنه « ومن يقتل مؤمناً متعمداً فجزاؤه جهنم خالدا فيها وغضب الله عليه ولعنه وأعد له عذاباً عظيماً» وقول الرسول صلى الله عليه وسلم «كل المسلم على المسلم حرام دمه وماله وعرضه » وغيرها من الأدلة الدالة على ذلك . وإن كان ذلك قد يباح أو يجب فى بعض الاحوال كما بين العلماء فى مؤلفاتهم .

« وثانيها » بما جاء فى الصحيحين عن عقبة بن عامر أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال : «إن أحق الشروط أن توفوا به ما استحللتم به الفروج » فإنه يفيد أن الشروط المتعلقة بالنكاح آكد من غيرها فى وجوب الوفاء بها ولزومه » وذلك لما علم من عناية الشارع الحكيم بأمر النكاح وما يرتبط به لخطر شأن الابضاع ، وعظيم حرمتها . حتى اشترط لصحة العقد عليها تصريح باللفظ الدال على النكاح ، وحضور الشاهدين وغير ذلك مما لا يشترط فى العقود المتعلقة بالاموال » .

وإذا كانت الشروط فى العقود جميعها مستحقة الوفاء بحكم الشارع كانت صحيحة جائزه إذ لا يستحق الوفاء إلا ما كان جائزاً فعلى من يدعى بطلان شرط من الشروط أن يأتى بالدليل الذى يدل على هذا البطلان .

وأما الاثر : فبما روى أن عمر بن الخطاب — رضى الله تعالى عنه - رفعت إليه قضية رجل شرط لامرأته عند نكاحها ألا ينقلها من بلدها ثم أراد أن ينقلها ، فأبت عليه ذلك تمسكا بما شرط لها . فقضى عمر على الرجل وألزمه ألا ينقلها من بلدها عملا بما شرط على نفسه ، فقال الرجل : إذاً

يطلقننا . فقال عمر : إن مقاطع الحقوق عند الشروط لهـا شرطها . وفى رواية أخرى « المؤمنون على شروطهم عند مقاطع حقوقهم » .

قالوا : هذا عمر يقضى بصحة اشتراط المرأة فى عقد النـكاح ألا ينقلها الرجل من بلدها ، وهو شرط ليس من مقتضى عقد النـكاح - بل مخالف لمقتضاه عند الإطلاق فى رأى البعض - ولا نعلم أن أحداً خالفه فى ذلك فيـكون إجماعا أو فى حكم الإجماع على صحة هذا الشرط وما يشبهه فى النكاح الذى هو قريب من العبادات فأولى أن يصح فى المعاملات المالية التى ليس فيها شبه بالعبادات .

على أن قول عمر فى هذه القضية - عندما عارضه المقضى عليه فى قضائه - إن مقاطع الحقوق عند الشروط ، يدل على أن الحـكم فى الشروط مطلقاً هو الصحة ولزوم الوفاء بها . حيث بين - رضى الله عنه - حكم الشروط بجملة عامة تصلح أن تـكون دستوراً وقاعدة فيها ، وأنها هى الفاصلة فيما يترتب على العقد من حقوق لـكل من المتعاقدين قبل الآخر والقاطعة فيما ينشأ عنه من الاحكام،ومايترتب عليه من الآثار. فعلى العاقد ألا يطالب بحق أسقطه بشرط شرطه على نفسه ، كما أن عليه ألا يخل بما أوجبه بالتزامه مادام ذلك متعلقاً بحق من حقوقه ، بعيدا عن حقوق الشارع وأحـكامه ، فإن هذه الحقوق لا يصح إسقاطها بشرط من الشروط ، كما يرشد إلى هـذا إضافة الحقوق إلى المؤمنين فى قوله رضى الله عنه « عند مقاطع حقوقهم » .

وعلى هذا فالشروط واجبة الوفاء ملزمة لمن التزم بها سواء وافقت مقتضى العقد المطلق أم خالفته ، ما دامت متعلقة بحق من حقوق العاقدين وليس فيها تغيير لما أثبته الشارع وأوجبه .

وأما المعقول فقالو :

« أولا » إن رضا المتعاقدين أصل فى صحة العقود ، وما يترتب عليها من الآثار ، تابع لما يوجبانه على أنفسهما بالتعاقد ، يشهد لهذا الأصل قول الله تعالى « يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم » وقوله عز اسمه — فى شأن ماتتبرع به النساء لأزواجهن من مهورهن — « فإن طبن لكم عن شيء منه نفسا فكلوه هنيئا مريئا » فقد علق سبحانه جواز الأكل من الصداق بطيب النفس تعليق الجزاء بشرطه فدل هذا على أنه سبب لحل الأخذ ، وإذا كان طيب النفس هو المبيح لأخذ الصداق أو شيء منه فكذلك سائر التبرعات بالقياس عليه .

وكذلك قوله تعالى « إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم » لم يشرط فى التجارة إلا التراضى ، وهذا يقتضى أن التراضى هو المبيح للتجارة ، وإذا كان كذلك كان التراضى أصلا فى التمليكات جميعها . فيجب أن يحكم بصحة كل مايتراضى عليه العاقدان ، ويتفقان على الالتزام به فيما بينهما . لتحقق مناط الجواز وهو التراضى . وألا يبطل شرط تراضيا عليه إلا أن يتضمن إباحة ماورد الشرع بتحريمه والنهى عنه ، كأن يشرط عليه مايؤدى إلى الربا . أو يشرط عليه فعل الزنا ، أو شرب الخمر ، أو سرقة الأموال ، أو تحريق الدور وما أشبه هذا .

« وثانيا » الشروط فى العقود من « باب » الأفعال التى تسمى فى لسان الفقهاء والأصوليين بالعادات ، وليست من العبادات . والأصل فى العادات عدم التحريم وانتفاء المؤاخذة على الفعل كما هو الرأى الراجح عند العلماء بل حكى بعضهم الإجماع على ذلك[1]. وإذا كانت كذلك لم تكن حراما

(١) انظر جامع العلوم والحكم لأبى الفرج عبد الرحمن بن شهاب بن رجب الحنبلى ص ٢٠٠ وما بعدها . وأصول الأحكام للجصاص ج ١ .

فلا تكون فاسدة لأن الفساد إنما ينشأ عن التحريم . وإذا لم تكن فاسدة كانت صحيحة إذ لا واسطة بين الفساد والصحة .

« وثالثا » ثبت بالاستقراء الممكن للأدلة الشرعية أنه ليس فيها ما يدل على تحريم جنس الشروط إلا ما ثبت حله بعينه ، فوجب أن تبقى على الأصل وهو الإباحة والجواز . لأن الفعل إذ كان مباحا فى الأصل وانتفى الدليل الشرعى الدال على حظره ومنعه كان مباحا . سواء سمى ذلك الفعل حلالا أو عفوا على حسب اختلاف العلماء فى تلك التسمية .

« ورابعا » الشروط من الأشياء التى يحتاج الناس إليها كثيراً فى عقودهم وتصرفاتهم . إذ هى الوسيلة إلى جعل أحكام العقد وآثاره محققة لمصلحة العاقد ، وافية بغرضه ، وما يقصده من تعاقده . فلو كان الأصل فيها هو الحظر والفساد . ولا يصح شرط منها إلا بدليل معين لزم إيقاع الناس فى الحرج والضيق ، وهو مما صرح القرآن الكريم بنفيه « وما جعل عليكم فى الدين من حرج » ، « يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر » فوجب أن تكون كلها مباحة ومشروعة إلا مادل على تحريمه وفساده دليل معين ، حتى يرتفع الحرج عن العباد ، ... ويتحقق التيسير على المسلمين وهو ما يتفق مع روح الشريعة ، ومقاصدها العامة

أدلة المانعين

وتمسك المانعون أيضاً بالكتاب والسنة والمعقول :

أما الكتاب فبقوله تعالى « ومن يتعد حدود الله فأولئك هم الظالمون » وقوله جل شأنه : « ومن يتعد حدود الله فقد ظلم نفسه » ووجه الدلالة فى ذلك :

أن الله سبحانه أخبر بظلم من يتعدى حدوده ، ويجاوز ما شرعه لعباده واشتراط الشروط التى لم يرد بهـا دليل معين تعد لحدود الله تعالى ومجاوزة لشرعه . وما كان تعديا لحدوده فلا يجوز . ولا يجب الوفاء به .

وأما السنة فاستدلوا منها بما يأتى :

أولا : بما رواه ابن حزم عن سعد بن ابراهيم أن القاسم بن محمد قال له : أخبرتنى عائشة ـ رضى الله تعالى عنها ـ أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « من عمل عملا ليس عليه أمرنا فهو رد » فالوا : فهذا حديث صحيح لامنازع فى صحته يدل على بطلان « كل عمل ليس على طريقة الشارع وسنته » والشرط الذى لم يدل على جوازه دليل معين ليس على طريقة الشارع وسنته فيكون رداً وباطلا .

وثانياً : بما رواه البخارى ومسلم وغيرهما عن عائشة رضى الله تعالى عنها قالت : جاءتنى بريرة قالت : كاتبت أهلى على تسع أواق فى كل عام أوقية فاعينينى . فقالت عائشة : إن أحب أهلك أن أعدها لهم . ويكون ولاؤك لى فعلت . فذهبت بريرة إلى أهلها ، فقالت لهم فأبوا ذلك عليها . فجاءت من عندهم ، ورسول الله صلى الله عليه وسلم جالس . فقالت إنى عرضت عليهم ذلك فأبوا إلا أن يكون الولاء لهم فسمع النبي صلى الله عليه وسلم فأخبرت عائشة النبي . فقال : خذيها واشترطى لهم الولاء . فإن الولاء لمن أعتق . ففعلت عائشة . ثم قام رسول الله فى الناس . فحمد الله ، وأثنى عليه ثم قال « أما بعد : مابال رجال يشترطون شروطاً ليست فى كتاب الله تعالى ما كان من شرط ليس فى كتاب الله فهو باطل ، وإن كان مائة شرط . قضاء الله أحق وشرط الله أوثق . وإنما الولاء لمن أعتق » هذا لفظ البخارى عن هشام بن عروة عن أبيه عن جده عن عائشة ، وفى رواية أخرى له عن عبد الله بن عمر رضى الله تعالى عنهما . أن عائشة رضى الله عنها أرادت أن

تشترى جارية فتعتقها . فقال أهلها : نبيعها على أن ولاءها لنا . فذكرت ذلك لرسول الله فقال : لا يمنعك ذلك . فإنما الولاء لمن أعتق »

قالوا فهذا حديث - لاشك فى صحته - يدل دلالة واضحة على ثبوت قولنا ، وصحة ماذهبنا إليه ، وذلك من جهتين :

الجهة الأولى : قوله صلى الله عليه وسلم « ما كان من شرط ليس فى كتاب الله فهو باطل » وبيان ذلك : أن كتاب الله تعالى إما أن يكون المراد به خصوص القرآن ، أو حكم الله وشرعه ، وعلى كل فالحديث دليل على بطلان كل شرط لم يدل على صحته دليل معين من القرآن أو السنة أو الإجماع أو القياس « عند من يقول به وهم الجمهور » وأنه لا يصح شرط إلا إذا دل على جوازه وصحة اشتراطه واحد مما ذكر أما على الأخير فالأمر واضح لأن كل ماذكر فى القرآن أو السنة أو أجمع المجتهدون على صحته أو صح القياس به فهو حكم الله وشرعه وأما على الأول فلأن المراد بما ليس فى القرآن مالا يكون فيه أصلا ، لا بوساطة ولا بغير وساطة . وما كان فى السنة أو الإجماع أو القياس فهو فى القرآن لدلالته على اعتبار كل من السنة والإجماع ، وأنهما دليلان على إثبات الأحكام الشرعية : ودلالة كل من السنة والإجماع على اعتبار القياس وأنه حجة فى ثبوت الأحكام . . وعلى هذا فالحديث واضح الدلالة . على أن المشروع من الشروط هو ما جاء فى القرآن ذكره ، أو ثبت عن رسول الله جوازه وصحته ، أو أجمع المجتهدون على إباحته ، أو دل القياس الصحيح على جوازه . وما عدا ذلك فهو باطل لايجوز اشتراطه ولا يحل الوفاء به .

والجهة الثانية : أن الرسول صلى الله عليه وسلم « حكم فيه ببطلان شرط الولاء للبائع الذى ليس بمعتق . وهو يدل على بطلان كل شرط ينافى . . .

مقتضى العقد وحكمه . إذ المناط فى إبطال شرط الولاء إنما هو منافاة هذا الشرط لمقتضى البيع . فإن مقتضاه ثبوت الملك للمشترى فى العين المبيعة مع ما يترتب على هـذا الملك من الحقوق والآثار ، التى منها ثبوت الولاء عند العتق إن كان المبيع رقيقا. فيكون اشتراط الولاء للبائع مخالفاً لهذا المقتضى ومنافياً له فلا يكون صحيحا . وعلى هـذا فكل شرط يخالف مقتضى العقد الذى يوجد فيه . يثبت له هذا الحكم وهـذا البطلان بطريق القياس على اشتراط الولاء .

وثالثا : بما رواه عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله صلى الله عليه وسلم ـ نهى عن البيع الذى يشتمل على شرط بصيغة من صيغ العموم لأن كلمة « بيع وشرط » نكرتان فى سياق النهى . والنهى فى معنى النفى فيكون كل بيع اشتمل على أى شرط منهيا عنه والمنهى عنه فاسد إلا أنه لما كانت العلة فى هذا النهى هى منافاة الشرط لما يجب بالعقد من أحكام وآثار لم يشمل هذا النهى الشروط التى ليس فيها تلك المنافاة بأن كان الملتزم بها من مقتضى العقد وحكمه . أو مؤكدا لهذا المقتضى ، كاشتراط البائع على المشترى تسليم الثمن ، أو تقديم رهن ، او كفيل به إن كان مؤجلا . على أن غالب هـذه الشروط فى الواقع ليس أمراً زائدا على أصل العقد ، فإطلاق اسم الشرط عليه إنما هو من باب المسامحة والتساهل ، وإذا كانت العلة فى النهى عن البيع المتضمن للشرط هى المنافاة ، كان كل شرط يتحقق فيه هذه المنافاة منهياً عنه كذلك. أما فى البيع فبطريق النص، وأما فى غيره فبالقياس عليه . ولا يخرج عن هذا الحكم حتى يقوم الدليل المعين على الجواز والصحة، فثبت بهذا ما ذهبنا إليه من فساد الشروط فى العقود وأنه لا يصح شرط منها إلا بدليل معين يدل على جوازه وصحته فيكون حينئذ مخصوصاً من هذا العموم .

وأما المعقول فكما يأتى :

« أولا » ما ذكره ابن القيم فى أعلام الموقعين . وأصله لابن حزم الظاهرى وهو :

إن كل شرط ليس فى النصوص إيجابه ، ولا الإذن فيه لايخلو من أحد أمور أربعة . لأنه إما أن يكون صاحبه قد التزم به إباحة ما حرم الله ورسوله ، أوتحريم ما أباحه الله ، أوالتزم إسقاط ما أوجبه أوالتزم إيجاب ما لم يوجبه ، ولا خامس لهذه الأقسام . فان ملكتم العاقد جميع هذه الشروط ، وأبحتموها له أنسلختم من الدين . وإن ملكتموه البعض دون البعض تناقضتم ، وسألنا كم ما الفرق بين ما يملكه من ذلك وبين ما لا يملكه ، ولن تجدوا إليه سبيلا .

« وثانياً » .

الشروط التى لم يرد عن الشارع دليل معين يدل على صحتها ، ولزوم الوفاء بها ، إما أن نلزم بها من اشترطت عليه ، والتزم بها ، وإما ألا نلزمه . فإن كان الثانى لم يتحقق اشتراط . وإن كان الأول فقد أوجبنا أمرا لم يوجبه الله ولا رسوله ، وهو ما لا يجوز . لأنه لا إيجاب إلا من الله تعالى كما أنه لاتحريم إلا منه سبحانه . فإيجاب الوفاء بالشروط التى لم يرد عن الشارع دليل يدل على صحتها يكون تعدياً على الدين ، وتهجما على الشرع بغير علم ولا سلطان مبين .

وثالثاً — العقود والتصرفات الشرعية لها مقتضيات وأحكام تثبت بها ، وتنشأ عنها بوضع الشارع وحكمه ، فإذا اشترط فيها شرط يخالف تلك المقتضيات والأحكام كان ذلك تغييراً للمشروع ، وتغيير المشروع لا يجوز إلا بإذن من الشارع ودليل منه يدل على جواز ذلك وصحته .

تلك حجج الفريقين وما يعتمد عليه كل منهم فى إثبات رأيه ، ودعم مذهبه وقد بقى علينا أن نذكر ما يتجه على هذه الأدلة من اعتراضات ومناقشات حتى يستبين قويها من ضعيفها ، وعلى ضوء ذلك يكون الترجيح والاختيار .

مناقشة أدلة المانعين

ناقش المبيحون أدلة المانعين بما يأتى :

أما الآيتان الكريمتان فقالوا للمانعين : إنه ليس فيهما ما يدل على ما ذهبتم إليه ، إذهما واردتان فى شأن من يخالف ما شرعه الله ، فيترك ما أمر الله بفعله ويرتكب ما نهى عنه ، كما يدل على ذلك كلمة « يتعد » المذكورة فى الآيتين فإن التعدى معناه مخالفة المشروع ، وكما يدل على ذلك أيضاً سياق كل من الآيتين فإن الآية الأولى مسبوقة بذكر أحكام حدها الله تعالى لعباده وبينها لهم من اليمين بالله تعالى والإيلاء والطلاق بمال وبغير مال ، ثم عقب الله تعالى ذلك بقوله عز اسمه « تلك حدود الله » أى قوانينه وأحكامه « فلا تعتدوها » أى لا تجاوزها بفعل ما يخالفها ، والآية الثانية سبقت بأحكام شرعها الله لعباه وألزمهم بها من تطليق النساء فى عدتهن أو لاستقبال عدتهن — حسب اختلاف الفقهاء فى عدة النساء أتحتسب بالأطهار أو بمرات الحيض — ومن نهى المطلقين أن يخرجوا مطاقاتهم من المحل الذى يسكن فيه وقت الطلاق فيكون قول الله تبارك وتعالى بعد ذلك « ومن يتعد حدود الله فأولئك هم الظالمون » فى الآية الأولى وقوله « ومن يتعد حدود الله فقد ظلم نفسه » فى الآية الثانية . بيانا لحكم المتعدّى لحدود الله وأحكامه الشرعية التى منها ما ذكره فى هاتين الآيتين، ردعا للناس، وزجرالهم عن مخالفة شرع الله ، ودينه .

وأين هذا من الشروط التى لم يرد عن الشارع — جل وعلا — دليل معين يدل على تحريمها أو إباحتها ، حتى يكون المشترط لها متعدياً لحدود الله، ومجاوزا لشرعه ؟

ويقال لهم فى حديث « كل عمل ليس عليه أمرنا فهو رد » إنه لا يدل إلا على إبطال الشروط التى تخالف أمر الشارع وحكمه . إذ هى التى يصح أن يقال فيها ، إنها ليست على أمر المسلمين وطريقتهم . ونحن لا ننكر هذا ، ولا ننازع فيه .

أما الشروط التى لم يرد عن الشارع ما يدل على تحريمها وفسادها فلا يقال فيها ذلك . لأنه ليس فيها مايخالف شرع المسلمين . حتى يقال إنها ليست على طريقتهم ، فيحكم بردها وببطلانها .

وأما حديث عائشة وبريرة - رضى الله تعالى عنهما - فيتجه على استدلالهم به ما يأتى :

أما احتجاجهم بقوله صلى الله عليه وسلم « ما كان من شرط ليس فى كتاب الله فهو باطل » فيقال لهم فيه :

إنكم حملتم الشرط الذى نفاه الرسول ، وحكم ببطلانه على الشرط الذى لم يذكر فى القرآن الكريم ، ولا فى السنة النبوية ، ولم يرد به دليل من الأدلة الشرعية الأخرى كالإجماع والقياس ، وهذا غير مسلم بل المراد به الشرط الذى خالف حكم الله وشرعه . وحجتنا على هذا أمران :

« الأول » قول الرسول - صلى الله عليه وسلم - فى آخر الحديث « قضاء الله أحق وشرط الله أوثق » فان كلمة أحق وأوثق تدلان على أن ثم قضاء آخر وشرطاً آخر ليس أحق ولا أوثق . وهذا إنما يصدق فى حال يتحقق فيها حكم لله فى شىء ، وحكم لغيره من العباد يخالف ذلك الحكم ، فحينئذ يقال : قضاء الله أحق ،

وشرط الله أوثق » أى، إن ما حكم الله به ، وألزمه عباده أثبت وأمتن مما خالفه ، وهو المعتبر دون ما عداه . أما الشرط الذى لم يحكم فيه الشارع بتحليل ولا بتحريم فلا يقال فيه : قضاء الله وشرطه أحق بالاتباع منه . لأنه ليس هناك حكم لله فيه حتى نتبعه ، ونترك ما يخالفه من حكم غيره .

(والأمر الثانى) سبب ورود هذا الحديث — فإن الأسباب تلقى ضوءا على المراد بالآيات القرآنية ، والأحاديث النبوية، ولهذا اهتم ببيان الأسباب كثير من المفسرين والمحدثين - وهو إن الذين باعوا بريرة لعائشة اشترطوا فى بيعها ، أن يكون الولاء لهم . وهو شرط مخالف لما ورد عن الشارع فى ذلك فقد ورد على لسان الرسول الكريم « إنما الولاء لمن اعتق » وقوله فى الحديث الآخر « الولاء لحمة كلحمة النسب لاتباع ولا توهب » وعلى هذا فيحمل قول الرسول فى هذا الحديث « ما كان من شرط ليس فى كتاب الله فهو باطل» على الشرط المخالف لحكم الله ، وشرعه ، كالولاء الذى هو سبب ورود هذا الحديث .

وليس هذا قصر اللعام ، وتخصيصاً له بسبب وروده - كما قد يظنه البعض بل هو بيان للأفراد التى يصدق عليها هذا اللفظ العام « ما كان من شرط إلخ » ويتناولها على سبيل العموم والاستغراق ، وإنها كل شرط يخالف الشرع ويتنافى مع تعاليمه سواء أكان شرط الولاء لغير المعتق أم غيره . والتخصيص بالسبب إنما يكون بقصره على الولاء الذى هو السبب فى ورود الحديث ، وعدم شموله لغيره .

وبذلك يبطل استدلالهم بهذا الوجه من الحديث الذى حمله ابن حزم بين يديه ، وقذف فى وجه كل مخالف له فى شرط من الشروط ، أو عقد من العقود .

وأما قولهم فى الوجه الثانى إن اشتراط الولاء للبائع إنما بطل لمنافاته

لمقتضى العقد فيقاس عليه كل شرط ينافي مقتضاه فيرد عليه أن اشتراط الولاء لا ينافي مقتضى البيع وحكمه، فإن مقتضاه ثبوت الملك للمشترى فى العين المبيعة، وجعل الولاء للبائع لا ينافى هذا ولا يخالفه لأنه إنما يكون بعد العتق الذى لا بد له من الملك، والعتق قد يكون مقصوداً من العقد، فإن شراء العبد لعتقه يقصد كثيراً.

وإنما هو مخالف لما شرعه الله وبينه على لسان رسوله من أن الولاء لمن اعتق ويقال لهم فى حديث عمرو بن شعيب « نهى النبي عن بيع وشرط» إنه لم يرد فى كتاب من كتب السنة المعتمدة. وقد أنكره الإمام أحمد وغيره من العلماء، وقالوا إنه لا يعرف وأن الأحاديث الصحيحه تعارضه(١).

وعلى هذا لا يصلح للاحتجاج به. ثم على فرض صلاحيته فليس فيه ما يدل على المطلوب. لأن المراد منه النهى عن الشرط الذى يخالف ما جاءت به الشريعة جمعاً بينه وبين الأدلة الأخرى الدالة على أن الأصل إباحة الشروط إلا ما قام الدليل على تحريمه. وقد أثبتناها فيما تقدم.

على أن تعليلكم النهى فى الحديث بمخالفة الشرط لمقتضى العقد مردود. إذ لم يقم على اعتبار هذه العلة دليل من الأدلة المعتد بها فى إثبات العلل كالنص والإجماع وغيرهما، بل يردها ما ثبت عن الشارع من إجازته لكثير من الشروط التى تخالف مقتضى العقد فى نظركم. ألا ترى شرط الخيار. فإن الشارع أجازه فى البيع مع مخالفته لمقتضاه عندكم وهو اللزوم، وكذلك غيره من الشروط التى ورد عن الشارع إباحتها. فإذا كانت مخالفة الشرط لمقتضى العقد غير مانعة من ورود الإذن فيه، فالتعليل بالمخالفة لا يكون ملائماً لما ورد عن الشارع فلا يكون صحيحاً ولا معتبراً.

---

(١) راجع نيل الأوطار للشوكانى حـ ٥ ص ١٢٩، ص ١٥٢ وسبل السلام للصنعانى حـ ٣ ص ٩، ص ٢٣ والفتاوى لابن تيمية حـ ٣ ص ٣٢٦

ويرد على معقولهم الأول ، أنا لا نملك العاقد واحداً مما ذكرتم . وإنما نملكه أمراً وراء ذلك . وهو ما أباح الله للمكلف فعله ، وتركه . كالانتقال من بلد إلى آخر ، وكالتزوج بأكثر من امرأة إلى أربع من الحرائر والتسرى بما شاء من الإماء ، وكالبيع والرهن وغير ذلك من كل أمر للمكلف مطلق الحرية فى فعله وتركه . فهذا هو النوع الذى يملك العاقد أن يشرط على نفسه فعله ، أو تركه . وليس فى ذلك محذور من المحذورات التى عددتموها أما فى صورة التزام الترك ، كما إذا شرط لامرأته فى عقد النكاح ألا ينقلها من دارها ، أو من بلدها . فلأنه لم يزد على أنه اختار أحد الأمرين الجائزين له وهو عدم الانتقال من بلد الزوجة أو دارها ، وألزم نفسه باختياره ألا يفعل الأمر الآخر اختيارا لأحب الأمرين إليه ، وليس فى التزام أحب الأمرين الجائزين له أى مانع فى الشرع .

وما يظن من أن فى هذا الالتزام تحريما لما كان مباحا له من قبل ، وهو مالا يجوز ، فليس بصحيح ، لأن مقتضى هذا الشرط وموجبه عدم الانتقال ما دامت المرأة فى عصمته خوفاً من دخول خيار الفسخ فى يد الزوجة ، وأين عدم الانتقال مختارا لأمر ومفضلا له على غيره من تحريمه شرعا ؟ بل هو أقرب ما يكون من امتناعه عن بعض المباحات لحلفه ألا يفعله ، ولهذا لو انتقل من بلد الزوجة لا يقال إنه فعل حراما .

وأما فى صورة التزام الفعل ، كما لو شرط البائع على المشترى بيع العين التى اشتراها أو هبتها لفلان أو إعطاءه رهناً بالثمن المؤجل فلأنه — أيضا — ليس فيه إلا اختيار أحد الأمرين الجائزين له وهو الفعل ، وإلزام نفسه باختياره أن يفعله ، لما يرى فى ذلك الفعل من المصلحة التى لا تتحقق فى حالة الترك ثم هو فى ذلك ليس مخالفاً لحكم من أحكام الشرع ، لأن الشارع

لم يلزمه ترك الفعل حتى يكون التزامه للفعل مخالفا لأمر الشارع وحكمه وإذا وضح هذا فلا يكون فى الشروط المباحة ما يسقط فعلا أوجبه الله ولا ما يوجب ما أسقطه ، كما أنه ليس فيها ما يبيح ما حرمه الله تعالى ولا ما يحرم ما أحله ، بل كل ما فيها التزام لأمر وكل الشارع فعله وتركه لاختيار المكلف على حسب ما يرى من المصلحة .

ويقال لهم فى معقولهم الثانى : إنا نقول بوجوب الوفاء بالشروط التى لم يرد فيها دليل معين يدل على صحتها ونمنع - فى الوقت نفسه - أن يكون فى هذا الوجوب تعد على دين الله ، وتهجم على شرعه بغير حجة ولا برهان لأنه وجوب مستند إلى الحجة مؤيد بالبرهان ، وهو ما جاء عن الشارع جل وعلا من إيجاب الوفاء بالعقود والالتزامات على وجه العموم مالم تشتمل على شىء حرمه الله ورسوله ، بل التعدى على الدين إنما هو فى تحريم الشروط وتأثيم من يلتزم أو يلزم غيره بشىء منها ، لأنه لا حرام إلا ما حرمه الله ، كما أنه لا واجب إلا ما أوجبه الله تعالى ، وليس فى أدلة الشرع ما يدل على تحريم جنس الشرط إلا ما ثبت حله بعينه فتحريمها تعد على الدين ، وتهجم على الشرع بغير علم ، ولا سلطان مبين .

ويقال لهم فى معقولهم الثالث :

نحن لا ننكر أن مقتضيات العقود وأحكامها إنما تثبت بترتيب الشارع وحكمه . ولكن ننازعكم فى قولكم إن مقتضى هذا ألا يملك العاقد تغيير حكم من أحكامها ، أو أثر من آثارها إلا بدليل معين يبيح هذا التغيير ، ويأذن فيه . فإن هذه المقتضيات ، والأحكام لم يثبتها الشارع ابتداء كما أثبت إيجاب الواجبات ، وتحريم المحرمات المبتدأة . وإنما أثبتها بناء على ثبوت سببها من المكلفين من بيع ، وإجارة ، ونكاح ، ورهن وغير ذلك . وأن الشارع الحكيم الذى وضع الشريعة لتكون عامة للناس فى جميع الأزمنة ، قد أعطى العاقد سلطانا كبيراً ، ومنحه حرية واسعة فى إنشاء تلك الأسباب

وترتيب مايشاء من الآثار والالتزامات ، وذلك بإيجابه الوفاء بالعقود والعهود على وجه العموم ، وبجعله « سبحانه » الرضا أساساً لنقل الحقوق وإسقاطها ، حيث يقضى هذا بأن نتيجة العقد ، وما يترتب عليه شرعا تابع لما يتراضى عليه العاقدان ، ويلزمان به أنفسهما . مالم يكن فى شىء من ذلك مخالفة لحكم الله ، ومناقضة لشرعه ودينه .

فإذا وقع التراضى من المتعاقدين على إنشاء عقد مطلق غير مقيد بشرط كان مقتضى هذا العقد ، وموجبه ، مايوجبه الشرع ، ويرتبه على هذا العقد من الأحكام والآثار .

أما إذا تراضينا على عقد مقيد بشرط فان مقتضى هذا العقد ، مايتلاءم وذلك الشرط .

وعلى هذا فالعقود التى يتراضى عليها العاقدان نوعان . عقود مطلقة عن الشرط ، وعقود مقيدة به . ولكل نوع مقتضيات وأحكام تترتب عليها ، وتنشأ عنها . وكل ذلك بحكم الشارع وجعله .

يؤيد هذا مارواه مسلم وابن ماجه عن سالم بن عبد الله بن عمر عن أبيه قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم - يقول « من ابتاع نخلا بعد أن تؤبر فثمرتها للذى باعها إلا أن يشترط المبتاع . ومن ابتاع نخلا أو عبداً له مال فماله للذى باعه إلا أن يشترط المبتاع » فان الرسول - صلى الله عليه وسلم - جعل موجب بيع النخل الذى أبره البائع ، وموجب بيع العبد الذى له مال عند الإطلاق ، وعدم الاشتراط ، بقاء الثمر والمال فى ملك البائع وجعل موجب ذلك فى حالة الاشتراط ، انتقال الثمر والمال إلى ملك المشترى وفى هذا دليل على أن موجب العقد المطلق عن الشرط يخالف موجب العقد المقيد به .

وإذا ثبت هذا فلا يصح التمسك بمقتضيات العقود المطلقة وعرض شروط العاقدين عليها . فما كان ملائما لها فهو صحيح ، ومالايكون ملائماً لها فلا يصح حتى يدل على صحته دليل معين .

بل اللازم عرض هذه الشروط على أحكام الشرع ، وقواعده الكلية فما كان مخالفاً لها حكمنا ببطلانه وعدم صحته ، ومالم يخالفها فهو صحيح يجب الوفاء به سواء وافق مقتضى العقد المطلق عن الشرط أم لم يوافقه . وليس فى هذا تغيير لأحكام الشرع ، ولا تعد لحدوده .

على أنا نقول لهم : ما المراد بمخالفة الشروط لمقتضى العقود ؟ فان قالوا : إن المراد مخالفتها لمقتضى العقود المطلقة . فهو مسلم ، ولا يفيدهم ، لأن جميع الشروط الصحيحة تخالف هذا المقتضى ، وإن قالوا : إن المراد مخالفتها لمقتضى العقود المقيدة بها فهو غير مسلم ، لأنها موافقة له .

مناقشة أدلة المبيحين : هذا مايتجه على أدلة المانعين من مناقشات ، وأما مايرد على أدلة المبيحين فنذكره فيما يلى :

أما قوله تعالى « ياأيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود » فقد أورد عليها المخالفون اعتراضات كثيرة نذكر منها هنا مايأتى :

أولا : لانسلم أن المراد بالعقود فى الآية ماذكرتم وهو : مايلتزم به الناس بعضهم لبعض ، ويرتبطون به فيما بينهم من عقود وشروط . بل المراد بها أمر وراء ذلك وهو :

أما العهود التى أخذها الله على عباده بالإيمان به ، وطاعته فيما أحله لهم وحرمه عليهم كما جاء ذلك عن ابن عباس ـ رضى الله تعالى عنهما ـ وكما يدل على ذلك قول الله تعالى عقيبها « أحلت لكم بهيمة الأنعام إلا مايتلى عليكم » فانه تفصيل لما قبله من العموم فى قوله تعالى « أوفوا بالعقود » وحيث كان .

التفصيل متعلقاً بما أحله الله لعباده ، وحرمه تعالى عليهم . فينبغى أن يكون العموم فى مثل ماجرى فيه التفصيل .

وأما أن يكون المراد بالعقود مايعقده العباد بعضهم لبعض ولكن بالنسبة لعقود معينة وهى العهود التى كانت تؤخذ فى الجاهلية على النصرة والمؤازرة على من ظلم ، وهو مايسمونه بالحلف . روى ذلك عن مجاهد وربيع بن أنس وقتادة والضحاك والسدى وابن عباس فى رواية أخرى وإذا كان المراد بالعقود فى الآية الكريمة خلاف ماذكرتم فلا يصح الاستدلال بها على صحة الشروط ، ووجوب الوفاء بها .

ويجاب عن هذا : بأن حمل الآية على خصوص العقود التى أخذها الله على عباده أو التى عقدها أهل الجاهلية مخالف لظاهرها ، ولما تدل عليه من العموم فان كلمة العقد فى اللغة تطلق على الجمع بين أطراف الشىء وربطها . ومن هذا المعنى يقال : عقدت الحبل بالحبل أى ربطت طرف كل منهما بالاخر ويطلق على إحكام الشىء وتقويته ، ومنه عقدت البناء أى أحكمته ومن المعنى الأول الذى هو الربط الحسى أخذت الكلمة واستعملت فى الربط المعنوى بين الكلامين . ومن المعنى الثانى أخذت وأريد بها العهد - كما سبق بيان ذلك عند تعريف العقد - وعلى هذا فالعقد يطلق على العهد الموثق ، وعلى كل ماينشىء التزاماً كالبيع والشرط والنذر وغيرها . ولا نعلم أن الشارع تصرف فى هذا المعنى اللغوى ، وقصره على بعض معانيه دون البعض الاخر . وإذ قد ورد فى الآية مجموعاً محلى باللام التى هى للاستغراق والعموم ، فيكون شاملا لكل مايعقده الإنسان على نفسه ، ويلتزم به . سواء كان ذلك لله تعالى ، أم لغيره من العباد ولا يجوز قصره على بعض الأفراد إلا بدليل يدل على هذا القصر . وحيث لا دليل فيجب إبقاؤه على عمومه ، متناولا كل مايصدق عليه اسم العقد كان ذلك بين العباد بعضهم وبعض ، أو بينهم وبين المولى عز وجل .

وقول الله تعالى عقيبها « أحلت لكم بهيمة الأنعام إلا مايتلى عليكم الخ » يصلح دليلا على قصر العقود على العهود التى أخذها على عباده . لأنها بيان لحكم جزئى من جزئيات العام ، وفرد من أفراده ، وليس فى ذكر بعض أفراد العام ، والحكم عليه بحكم العام المرافق له ، تخصيص لذلك العام ، وقصر له على ذلك البعض دون ماعداه كما تقرر ذلك فى علم الأصول .

وثانياً : ما أورده ابن حزم[1] الظاهرى وحاصله :

أن العقود فى الآية الكريمة مقصورة على ماصح عن الشارع الأمر به . وثبت عنه جوازه فحسب . لأنه لاخلاف بين العلماء فى أن هذه الآية ليست باقية على عمومها . وإنما هى فى بعض العقود دون البعض . وهى التى لم ينه الشارع عنها ولم يدل دليل على بطلانها وتحريمها . أما التى جاء الدليل بتحريمها فيحرم عقدها والتزامها ، ولا يجب الوفاء بها . وحيث ثبت عن الرسول صلى الله عليه وسلم ـ ابطال كل شرط ليس فى دين الله الأمر به والنص على إباحته بقوله فى الحديث المتفق على صحته « ما بال أقوام يشترطون شروطاً ليست فى كتاب الله ، كل شرط ليس فى كتاب الله فهو باطل » . . . .

فتكون الآية الكريمة مقصورة على إيجاب الوفاء بالشروط التى جاء ـ القرآن أو السنة أو الإجماع الصحيح باجازتها ، وصحة الالتزام بها والتزامها ويبقى ماعدا ذلك باطلا لا يحل اشتراطه . ولا يلزم الوفاء به عملا بقول الرسول الكريم « كل شرط ليس فى كتاب الله فهو باطل »

والجواب عن هذا كما يأتى :

أن حمل الآية الكريمة على إيجاب الوفاء بالشروط التى قامت الأدلة

---

(١) انظر المحلى ج ٨ ص ٤١٤ ، والأحكام ج ٥ ص ١٤ ، ١٥

الشرعية على جوازها وصحة اشتراطها لا يتم إلا إذا كان قول الرسول «كل شرط ليس فى كتاب الله فهو باطل» يدل على بطلان كل شرط ليس فى الأدلة الشرعية اباحة اشتراطه، ولزوم الوفاء به، وقد بينا فيما تقدم - عند مناقشتنا لأدلة المانعين - أن هذا النص الكريم إنما يدل على بطلان الشرط الذى يخالف حكم الله، وينافى ما ثبت فى شرعه. وحينئذ تكون الآية الشريفة دالة على وجوب الوفاء بكل ما يصدق عليه اسم العقد، وإن لم يكن وارداً بعينه فى نصوص الشريعة، وأدلتها الخاصة، مادام لا يخالف أصلا من أصول الشرع، ولا قاعدة من قواعده المقررة

وثالثاً : وهو ماذكره الطباطبائى «أحد علماء الشيعة الإمامية» عن بعض العلماء وخلاصته :

أن الآية أوجبت الوفاء بالعقود. وظاهر أن وجوب الوفاء إنما يترتب على العقد الصحيح ضرورة أن غير المشروع لايجب الوفاء به شرعاً، فلا بد أولا من النظر فى العقد صحة وبطلانا ليتمكن من ترتيب وجوب الوفاء عليه أما الاستناد إلى هذا العموم، والاستدلال به على صحة العقود قبل النظر فى العقد فهى مجازفة ظاهرة

وهذا الإيراد - كما ترى - إنما يتجه لو كان المبيحون يقولون بصحة الشروط قبل النظر فى هذا الشرط، وأنه : هل وجد من الأدلة الخاصة مايمنع جوازه ومشروعيته. وليس كذلك. فانهم لا يحكمون بصحة شرط من الشروط إلا بعد النظر فى الأدلة الشرعية الخاصة. فاذا لم يجدوا من بينها ما يدل على الفساد حكموا بصحته ولزوم الوفاء به عملا بالعموم الذى اشتملت عليه الآية الكريمة. لأن هذا النظر شرط من شروط الاستدلال بالعام، والعمل بمقتضاه. وليس النزاع فى هذا وإنما هو فيما عدا ما قامت الأدلة الخاصة على فساده وبطلانه. هل تدل الآية على صحته ولزوم الوفاء به

من غير حاجة إلى قيام الدليل المعين الذى يدل على الصحة ؟ قال المبيحون نعم تمسكا بالعموم الذى دلت عليه الآية . وهو إيجاب الوفاء بكل العقود فكل مايصدق عليه أنه عقد يجب الوفاء به ولا يخرج عن هـــذا الحكم إلا مادل الدليل على فساده وبطلانه أما غيره فيبقى مندرجاً تحت هذا العموم محكوماً عليه بالصحة ؛ ولزوم الوفاء به . كيف ولو صح ما قالوه لبطل التمسك بالعمومات فى مقام الشك فى وجود المانع من الجواز ، وهو مالا يصح وإذا ثبت هذا فليس فيما ذهب إليه المبيحون أية مجازفة

وأما الآيات الأخرى التى توجب الوفاء بالعهود على وجه العموم ، فقد أورد عليها ابن حزم ما أورده على آية « أوفوا بالعقود » والرد عليه ما تقدم ونضيف إلى ذلك أن الاستدلال بهذه الآيات ونحوها إنما هو من جهة ما هو معلوم عن الشارع الحكيم فى خطاباته فانه - جل شأنه - لا يأتى بهذا النوع من الخطاب إلا إذا كان مايتعلق به أمراً مباحاً مأذوناً فيه ، أما إذا كان أمراً محرماً مرغوباً عنه ولا يباح إلا فى أحوال خاصة وبدليل معين يدل على جوازه فإنه ينهى عنه ويمنع منه منعاً عاماً ، ثم يأتى الإذن فيه على وجه الخصوص لداع يقتضيه ، فالصلاة والصدقة والصدق ونحوها لما كانت مطلوبة مرغوبا فيها من الشارع جاء الأمر بها وطلبها على وجه الإطلاق والعموم مع أنها قد تمنع فى بعض الأحوال ، لفقد شرط من شروطها أو لوجود مانع من موانعها أو لضرر ينشأ عنها .

وإن قتل الأنفس والاعتداء على الأعراض والأموال لما كان الأصل فيها هو الحظر والتحريم إلا ما أباحه الشارع منها أو أوجبه جاء النهى عنها وتحريمها على سبيل الإطلاق والعموم بقوله تعالى « ولا تقتلوا أنفسكم »(١)

---

(١) آية ٢٩ من سورة النساء

وقوله سبحانه « ومن يقتل مؤمناً متعمداً فجزاؤه جهنم خالداً فيها وغضب الله عليه ولعنه وأعد له عذاباً عظيما »[١]

وقول النبي صلى الله عليه وسلم « كل المسلم على المسلم حرام دمه وماله وعرضه » وإن كان ذلك قد يباح أو يجب في بعض الأحوال كما في حالة القصاص والمجازاة وإذا ثبت هذا فلا يسوغ للمخالف أن يقول . إن الأمر في تلك الأدلة محمول على الشروط التي جاءت النصوص والأدلة الشرعية بصحتها ولزوم الوفاء بها إلا إذا صح عنده أن يأمر الشارع ـ جل وعلا ـ بقتل الأنفس والاعتداء على الأعراض والأموال أمراً عاماً ويحمل ذلك على القدر المباح منها بالأدلة الدالة على الجواز ، إذ الجميع ـ في نظره ـ محظور في الشرع تتوقف إباحته وجوازه على قيام الدليل المعين الدال على الجواز والإباحة وهو مالا يستطيع أن يقول به .

وأما حديث « المسلمون على شروطهم » فقد أورد عليه ما يأتي :

« أولا » إنه حديث غير صحيح . إذ لم يخل طريق من طرقه من راو كذاب ، أو ضعيف فقد رواه أبو داود من طريق كثير بن زيد . وكثير هذا ، قد ضعفه النسائي . ويحي بن معين . ورواه الترمذي من طريق كثير بن عبد الله . وقد قال فيه الشافعي : إنه ركن من أركان الكذب . وقال فيه النسائي : إنه ليس بثقة . وقال فيه ابن ماجه : له عن أبيه عن جده نسخة موضوعة . وتركه الإمام أحمد ، وضرب على حديثه في المسند فلم يحدث به ، ولظهور ضعف هذا الحديث حكم العلماء على تصحيحات الترمذي بأنها غير معتبرة لقوله في هذا الحديث إنه صحيح . قال الذهبي في الميزان[٢] ـ بعد أن نقل عن المحدثين تجريح كثير بن

---

(١) آية ٩٣ من سورة النساء

(٢) ﺣ ٢ ص ٣٥٤ ، ٣٥٥

عبد الله ـ وأما الترمذى فروى من حديثه « الصلح جائز بين المسلمين الحديث » وصححه . ولهذا لا يعتمد العلماء على تصحيح الترمذى . . وكذلك رواية البزار عن ابن عمر . فان فيها محمد بن عبد الرحمن بن البيلمانى وهو أيضا ضعيف قال ابن حبان : إنه حدث عن أبيه بنسخة شبيها بمائتى حديث كلها موضوعة وروايته من طريق عائشة وأنس ـ رضى الله عنهما ـ لم تخل من ضعف . قال الحافظ فى التلخيص[1] ، إن إسناد حديث عائشة ، وإسناد حديث أنس واهيان قالوا : فإذا كان رواة هذا الحديث كما وصفنا فلا يصح أن يجعل حجة فى إثبات الأحكام الشرعية .

(ثانياً) وعلى فرض صحة هذا الحديث فلا دلالة فيه على مذهبكم لأمرين :

« الأمر الأول »

أن الشروط فيه قد أضيفت إلى المسلمين . وشروط المسلمين هى التى أباحها الله تعالى ، وأذن لهم فيها . أما التى نهاهم عنها فليست من شروط المسلمين . وقد صح عن الرسول أنه أبطل كل شرط لم يرد النص بإباحته ، ولم يقم الدليل المعين على جوازه وصحته بقوله ـ عليه الصلاة والسلام ـ ما بال أقـــوام يشترطون شروطاً ليست فى كتاب الله تعالى . كل شرط ليس فى كتاب الله فهو باطل . وإن كان مائة شرط » فيكون كل شرط لم يقم الدليل المعين على جوازه وصحته منهياً عنه وباطلا ، فلا يحل اشتراطه ، ولا يجوز الوفاء به[2] .

« والأمر الثانى » : ماجاء فى بعض روايات هذا الحديث من زيادة إلا شرطاً أحل حراماً أو حرم حلالا » أو « ماوافقت الحق » كما فى رواية

---

(١) جـ ٢ ص ٣٣٩ « فتح العزيز » .

(٢) انظر الأحكام لابن حزم جـ ٥ ص ٢٤

أخرى . وهى زيادة تبعده عن الدلاله على مذهبكم ، بل تجعله حجة عليكم لالكم . وبيان ذلك ، أن اللفظ الأول يدل على بطلان كل شرط يتضمن تحريم ما أباحه الله تعالى لعباده ، أو إباحة ماحرمه عليهم . والشروط - فى جملتها - لاتخرج عن ذلك . لأن منها مايحرم الحلال ومنها مايبيح الحرام ألا ترى أن من يشرط على نفسه فى عقد النكاح ألا ينقل المرأة من بلدها أو دارها ، أو ألا يتزوج عليها . فإنه يحرم على نفسه ما كان مباحاً له قبل ذلك من الإنتقال من بلد إلى بلد آخر ، ومن دار إلى أخرى ، ومن التزوج بأكثر من زوجة واحدة إلى أربع من الحرائر . وأن المشترى إذا شرط على البائع خياطة الثوب المبيع أو صباغته ، فإنه يستبيح بذلك ما كان محرماً عليه قبل ذلك الشرط ، وهى خياطة البائع ، وصباغته ، وهكذا سائر الشروط. وإذا كانت الشروط كذلك فلا تكون جائزة ولا صحيحة إلا إذا دل الدليل المعين على جواز شرط منها ، وصحته ، فحينئذ يحل الالزام به ، والتزامه .

وأما اللفظ الثانى ، فإنه يفيد أن الشروط التى يصح إشتراطها ، ويلزم الوفاء بها هى التى توافق الحق . والشرط لايوافق الحق إلا إذا جاء دليل من الأدلة المعتبرة شرعاً يدل على جوازه وصحته .

ويجاب عن هذه المناقشات بما يأتى :

أما فيما يتعلق بسند الحديث فيدفع بما هو مقـــرر بين العلماء من أن الحديث . الضعيف إذا كثرت طرقه ، وتعددت رواياته جبر بعضها بعضاً ، وصح الاحتجاج به فى إثبات الأحكام الشرعية ، وهذا الحديث كذلك . فيصح الاحتجاج به . قال الشوكانى فى نيل الأوطار (١) - بعد أن ذكر الطرق التى روى فيها هذا الحديث ، وبين ما فيها من الضعف : ولايخفى أن

---

(١) جـ ٥ ص ٢١٦

الأحاديث المذكورة والطرق يشهد بعضها لبعض . فأقل أحوالها أن يكون المتن الذى اجتمعت عليه حسناً ، انتهى .

على أن هذا الحديث قد جاء عن طريق عبد الله بن الحسين المصيصى وقد قالوا فيه إنه ثقة وقد صحح ابن حبان روايته من طريق أبى هريرة رضى الله تعالى عنه . ذكر ذلك الحافظ بن حجر فى بلوغ المرام(١) .

وأما دعواهم أن الشروط لاتضاف إلى المسلمين إلا إذا ورد الدليل المعين بصحتها فغير مسلمة لأن الشرط إذا لم يشتمل على شىء جاء الشرع بحظره فليس هناك مايمنع من إضافته إلى المسلمين ، ولو لم يرد بإباحته دليل معين ، ويكون هذا مستفاداً مما سقناه سابقاً من العمومات الدالة على وجوب الوفاء بالشروط إلا ماقام الدليل على تحريمه وفساده .

وأما الجواب عن الأمر الثانى ، فإننا لانسلم لهم ماقالوه من بيان معنى الحلال والحرام فى قول الرسول ـ صلى الله عليه وسلم ـ إلا شرطاً حرم حلالا ، أو أحل حراماً ، ومن بيان المراد من قول الرسول « ما وافقت الحق » فى الرواية الثانية لهذا الخبر فإن المراد من الحلال : الثابت الذى لايصح مخالفته أصلا . كثبوت النسب بين الوالدين ، والمولودين ، والميراث والنفقة ونحو ذلك ، والمراد من الحرام ، مالا يباح فعله فى الشرع أصلا كالزنا وشرب الخمر وما أشبه ذلك .

وعلى هذا فالإستثناء إنما يدل على بطلان كل شرط يكون موجبه إبطال ماشرعه الله تعالى ، وأثبته فى خطابه ، أوفعل ماحرمه على عباده . كاشتراط عدم الإرث ممن يرثه ، وعدم النفقة لمن تجب نفقته ، أو شرب الخمر والزنا وما أشبه ذلك فهذا الذى يجب حمل الحديث عليه .

---

(١) سبل السلام ج ٣ ص ٨٨

أما تفسير الحلال فى هذا النص - كما يبدو من كلام المخالف - بما أباح الله للمكلف فعله وتركه . كالانتقال من بلد إلى آخر ، وكالتزوج بأكثر من واحدة ، والتسرى بماشاء من الإماء ونحوها . وتفسير الحرام ، بما لايحل فعله أصلا ، أو إلا . بوساطة عقد أو شرط ، كمال الغير ومنافعه ، فهو باطل لايصح حمل الحديث عليه . وإلا كان متناقضاً ، ينفى آخره ماأثبته أوله . والتناقض مما يجب أن ينزه عنه كلام العاقل فضلا عن أفصح الخلق ، صلى الله عليه وسلم . إذ أن قول الرسول فى أول الحديث «المسلمون عند شروطهم أو على شروطهم» يفيد صحه كل مايلتزم به المسلمون ، ويرتبطون به من فعل أو ترك لفعل . فلو كان قوله بعد ذلك «إلا شرطاً حرم حلالا ، أو أحل حراماً» يبطل كل شرط فيه التزام بترك المباح أو بفعله - كما فسره به المخالف - لكان مفيداً لبطلان الشروط وفسادها ، لأنها لاتخرج عن كونها التزاماً بفعل المباح أو بتركه ، وفى هذا من التناقض مالا يخفى أما على تفسيرنا فلا تناقض ، لأننا لانحرم بالشرط حلالا ، ولا نحلل حراماً بل المقصود بالشروط وجوب شىء لم يكن واجباً ولاحراماً ، وعدم الإيجاب ليس نفياً للإيجاب حتى يكون المشترط لشىء مخالفاً للمشروع .

وأما قول النبى صلى الله عليه وسلم «ما وافقت الحق» فغاية مايفيده إنما هو تقييد الشروط التى يجب على المسلمين احترامها ، ويلزمهم الوفاء بها بالموافقة للحق والموافقة للحق كما تتحقق بورود الشرط بعينه فى الكتاب أو السنة أوغيرهما من الأدلة تتحقق أيضاً بعدم مخالفة الشرط لما جاء فى دين الله وشرعه .

وأما حديث «إن أحق الشروط أن توفوا به .. الخ» فأوردوا عليه ما يأتى :

إن كلمة أحق فى هذا الخبر ليست على بابها ، وإنما المراد بها ماهو حق

فى نفسه وليس بباطل ، كما أن المراد بالشروط فيه مايجب بالنكاح من المهر والنفقة وحسن المعاشرة ونحوها ، لأنها التى تستحل بها فروج النساء ، وعلى هذا لايكون فيه دلالة على صحة الشروط على وجه العموم ولزوم الوفاء بها .

والجواب عن ذلك : أن هذا التأويل مخالف لظاهر الحديث وما تدل عليه كلمة « أحق » فإنها تفيد أن الشروط كلها مستحقة للوفاء ، وأن بعضها أولى فى هذا الاستحقاق ، وهى الشروط المتعلقة بالنكاح ، لأن أمره أحوط وبابه أضيق .

وحمل الشروط فيه على الشروط التى تجب بالنكاح من المهر والنفقة وحسن المعاشرة ونحوها يجعل الحديث خالياً من الفائدة ، لأن المهر والنفقة وحسن المعاشرة ونحوها تجب بنفس العقد سواء شرطت فيه أولم تشترط واشتراطها فيه لايعد أمرا زائدا على العقد بل يكون تصريحا بما يثبت به ولو لم ينص عليه فى العقد .

وأما الأثر فيتجه عليهم فيه ما يأتى :

أولا : أن صاحب هذا الأثر — وهو عمر رضى تعالى عنه — كما روى عنه أنه أوجب الوفاء بالشرط الذى لا يقتضيه عقد النكاح روى عنه أنه أسقطه وحكم بإلغائه فقد روى ابن وهب بإسناد جيد — كما جاء فى فتح البارى (ج ٩ ص ١٧٤) عن عبيد الله بن السباق أن رجلا تزوج امرأة وشرط لها ألا يخرجها من دارها ، فارتفعوا إلى عمر فوضع الشرط وقال : المرأة مع زوجها ، وعلى هذا لايصح التمسك بأحدهما دون الآخر ، لأنه يكون ترجيحا بدون مرجح وهو لايصح .

وثانيا : لو سلمنا أنه لم يصح عنه مايخالف ذلك فلا يصح الاحتجاج به أيضا لأنه رأى صحابى فى أمر اجتهادى . وهو ليس بحجة . ودعوى أن هناك إجماعا من الصحابة على ذلك غير مسلمة . فقد خالف فى ذلك على بن أبى طالب

قال : شرط الله قبل شرطها[١]. وكذلك خالف فيه بعض التابعين كسفيان الثورى وسعيد بن المسيب . فقد سئل سعيد عن المرأة تشترط على زوجها ألا يخرج بها من بلدها . فقال سعيد : يخرج بها إن شاء[٢].

هذه جملة مايصح أن تناقش به أدلة القائلين بأن الأصل فى الشروط الجواز والصحة ، وما أمكن دفعها به من الأجوبة .

وبالنظر فى أدلة الفريقين ، وما ورد عليها من اعتراضات نرى أن أدلة المانعين لم يسلم منها دليل يصلح متمسكا لهم فيما ذهبوا إليه .

وأن أدلة المبيحين قد سلم منها ما يقوى على إثبات مدعاهم . وإذا سلم الدليل سلم المدعى . وعلى هذا فلا يسعنى إلا اختيار مذهبهم فى هذه المسألة .

ولا يظن بهؤلاء أنهم فتحوا باب الشروط لكل طارق ، يبيح منها مايشاء بل ألزموا من أراد الحكم بصحة أى شرط أن يستوعب الأدلة المعارضة لتلك الأدلة العامة التى جاءت بإباحة الشروط حتى يكون حكمه صحيحا . فإن وجد المعارض عمل به ، وإلا حكم بإباحة الشرط وصحته .

قال ابن تيمية — رحمه الله تعالى — فى فتاويه[٣] « وإذا ظهر أن لعدم تحريم الشروط وصحتها أصلين : الأدلة الشرعية العامة ، والأدلة العقلية التى هى الاستصحاب ، وانتفاء المحرم ، فلايجوز القول بموجب هذه القاعدة فى أنواع المسائل ، وأعيانها إلا بعد الاجتهاد فى خصوص ذلك النوع والمسألة . هل ورد من الأدلة الشرعية مايقتضى التحريم فإن الأدلة النافية

---

(١) المصدر المتقدم .

(٢) انظر السنن الكبرى للبيهقى ج ٧ ص ٢٥٠ .

(٣) ج ٣ ص ٣٤١ ، ٣٤٣ .

لتحريم الشروط ، والمبينة لحلها مخصوصة بجميع ماحرمه الله ورسوله منها » . فمن غلب على ظنه من الفقهاء انتفاء المعارض فى خلافية أو حادثة انتفع بهذه القاعدة . فيذكر من أنواعها قواعد حكمية مطلقة » انتهى باختصار .

فأنت ترى أن هذا احتياط منهم وسد للباب فى وجه من لم يتأهل لهذه المنزلة ، منزلة الفتوى والحكم ، وأنه فى الوقت نفسه توسعه على الناس الذين باتوا يئنون من شروط الفقهاء ، وقيودهم فى كل معاملة وكل شرط ، ومن خبر أحوال المعاملات فى هذا الزمان ، وعرف ماجد فيها ، وما طرأ عليها من اشتراطات لم تكن فى الأزمنة السابقة ، وإن تلك الشروط هى الضمان الوحيد الذى يسير بسفينة المعاملات إلى حيث تقضاه المصالح والحاجات لم يتردد فى الحكم بصحة هذا الرأى ، وأنه الذى يتفق ، ونظام المجتمع . ولم نسمع بأن شريعة من الشرائع جاءت منافية لناموس الاجتماع والرقى ، فما بالك بشريعة الخلود الصالحة لكل عصر ومكان والتى ختم الله بها الشرائع ، والتى بنيت أصولها على التيسير ورفع الحرج عن العباد كما دل على ذلك قول المولى فى كتابه « وما جعل عليكم فى الدين من حرج » وقوله — عز شأنه — « يريد الله بكم اليسر ، ولا يريد بكم العسر » وقوله تبارك اسمه « يريد الله أن يخفف عنكم » وكما أرشد إليه الرسول فى قوله لصحابته ورسله للناس « إنما بعثتم ميسرين » « يسروا ولا تعسروا ليعلم اليهود أن فى ديننا سعة » وما كان عليه الرسول — صلى الله عليه وسلم — فى خاصة نفسه . فإنه ماخير بين أمرين إلا اختار أيسرهما مالم يكن مأثما » .

ومما يزيد القول بهذا الرأى وجاهة أنه لا يلجىء الناس إلى الدخول فى باب الحيل الذى ولجه أولئك المانعون للشروط عندما وجدوا مذهبهم لايساير الزمن ، ولا يلائم مايتعامل به الناس . فابتدعوا منها صنوفا

استباحوا بها جل الشروط التى كانت قواعد المذهب تقضى بتحريمها وفسادها(١) .

وهذا فى الواقع — شعور منهم بجمود رأيهم فى هذه المسألة ، وعدم وفائه بحاجة الناس ، وقضاء مصالحهم .

ولو أنصف هؤلاء لعملوا برأى مخالفيهم فى الشروط الذى يحقق مقصودهم ومقصود أصحاب المعاملات . لو عملوا بذلك لكان خيرا لهم من سلوكهم هذا الطريق الملتوى الذى فى سلوكه قضاء على الفقه من أساسه . وإلا فماذا تفيدنا المحافظة على الصور والرسوم بعد القضاء على المقصود .

---

(١) فمن ذلك ما قاله فقهاء الحنفية فى شرط المؤجر على المستأجر مرمة الدار المؤجرة وعمارتها أودفع ماعلى الأرض من الخراج ، أو شراء ماتحتاج إليه الدابة من الطعام ، إنه شرط فاسد يفسد العقد باشتراطه . قالوا . والحيلة فى جوازه أن تزاد الأجرة بقدر ماتحتاج إليه الدار من العمارة أو ما يجب على الأرض من الخراج أو ما يلزم الدابة من العلف ويأذن المؤجر للمستأجر فى صرف ذلك القدر فى العمارة أو الخراج أو النفقة . وما قالوه فى اشتراط المشترى ترك الثمار المبيعة على الأشجار إلى أن يتم نضجها ، أنه شرط فاسد يفسد البيع به والحيلة فى جوازه أن يأخذ المشترى الأشجار بطريق المساقاة على أن يكون للبائع جزء من ألف جزء من الثمار مثلا ، وما قالوه فيما لو شرط رب المال على المضارب ضمان مال المضاربة أنه لايصح والحيلة فى صحته أن يقرضه المال فى ذمته ثم يقبضه المضارب منه . فإذا قبضه دفعه إلى مالكه الأول مضاربة ، ثم يدفعه رب المال إلى المضارب بضاعة . فإن توى فهو فى ضمان المضارب لأنه قد صار مضمونا عليه بالقرض ، وتسليمه إلى رب المال مضاربة كتسليم مال له آخر وغير ذلك كثير يظهر للمتتبع لمسائلهم .

قد يقال : إن العمل بهذين الرأيين : القول بإباحة الشروط إلا ماحرمه الشارع والمنع منها مع إباحة الحيل يلتقى عند نقطة واحدة ، وهى تحصيل مصالح الناس . فعلام هذا الإنكار ؟

والجواب : أن العمل بهذا الرأى وهو إباحة الشروط التى لم يرد بها دليل معين والتى لاتناقض المقصود الأصلى من العقد ولم يرد دليل يدل على تحريمها عمل بأمر مشروع له ضابط ، لايتعدى المتمسك به السائر على هديه إلى ماحرمه الله تعالى عكس العمل بالحيل . فإنه — فضلا عن أنه عمل بما لم يقم عليه دليل — قد يتوصل به إلى إباحة ما حرمه الله تحت ستار الحيلة لأن الذى يستطيع أن يتحايل على تفادى شرط لم يوجد فيه دليل معين بالمنع ، لايعجز عن أن يعمل على تفادى شرط ورد فيه نص معين بذلك .

ومما يؤيد ما قلناه من أنه كان الأولى لهؤلاء المانعين الذهاب إلى قول مخالفيهم بدلا من سلوكهم باب الحيل . وأنه لاغضاضة فى القول بمذهب المخالف عندما تلجىء الضرورة إليه ، ماصنعه أولئك الفقهاء أنفسهم فى كثير من المواضع . من ذلك إفتاء متأخرى الحنفية بقول الشافعية ومن وافقهم بضمان المنافع فى الوقف . ومال اليتيم ، وبقول الإمام مالك فى امرأة المفقود أنها تعتد بأربع سنين وغير ذلك وفى مسألتنا بما فعله أصحاب المجلة العدلية حينما وكل إليهم عمل مواد يسير عليها الناس فى معاملاتهم من فقه أبى حنيفة . فقد اختاروا أولا مذهبهم فى الشروط فى باب البيع . ولما وجدوا السير عليه لايتلاءم مع ما يشرطه الناس فى معاملاتهم اختاروا مذهب الحنابلة فى الشروط حيث وجدوا فيه التيسير على الناس ، فقرروا مادة جديدة تقول :

البيع بشرط يعود نفعه على أحد العاقدين صحيح ، والشرط معتبر ، فإذا باع البائع فرساً على أن يركبها مدة كذا ، أواشترى المشترى شيئاً مقابل

سكنى داره المعلومة فذلك البيع صحيح والشرط معتبر .

ويذكرون السبب فى هذا الاختيار فيقولون :

« إن تقييد البيع بشرط (بعلى) كما أنه لايجوز عند الحنفية كذلك لم تجزه المالكية والشافعية وفى زماننا هذا نرى البيوع تعقد خلافاً لهذه المذاهب الثلاثة فوجب القول بما تقول به الحنابلة لتقريب أعمال الناس إلى الجواز ما استطعنا إلى ذلك سبيلا »[1] .

هذا ما قاله هؤلاء العلماء فى القرن الثالث عشر الهجرى تبريراً لاختيارهم مذهب الحنابلة فى تلك الجزئية الخاصة ، فإذا راعينا ما قدمناه آنفا من ابتداع الناس للكثير من الشروط وافتنانهم فى هذا الباب افتناناً باعد ما بين العقود وبين أصولها الموجودة فى الكتب الفقهية كان من أوجب الواجبات لا من الواجب فحسب كما يقول علماء تركيا ـ أن نتمسك برأى المبيحين فى الشروط المتعلقة بالمعاملات كلها إذ هو الرأى الوحيد الذى يتسع لكثير من التصرفات الحاضرة ويتقبل بصدر رحب ما تحتوى عليه من شروط والتزامات .

هذا ، ولا يفوتنا هنا أن نتكلم عن رأى القانونيين فى الشروط ما يصح منها وما لا يصح لنرى هل يتفق مع آراء علماء الشريعة أو يخالفها ، ومدى هذه المخالفة ؟ .

---

(١) انظر تعديل المجلة تعريب عبد الرحمن خضر .

الشروط الصحيحة والباطلة فى القانون

المتتبع لكتب القانون يجدها متفقة على أن كل ما يشرطه المتعاقدان صحيح ملزم لمن التزم به سواء كان ذلك موافقاً للأحكام المفسرة لإدارة المتعاقدين أو المكملة لها فى القوانين المنظمة للمعاملات بين الأفراد أم مخالفها. لأن هذه القوانين إنما وضعت لتطبق فى حالة خاصة . وهى ما إذا لم يتفق المتعاقدان على ما يخالفها ، أو سكتت عن الإشارة إلى موضوعها . أما إذا وجد اتفاق منهما على ما يخالفها فإنها لا تطبق حينئذ . وإنما يكون ما ارتضاه العاقدان هو القانون الذى يسرى عليهما . إذ العقد « شريعة المتعاقدين » كما يقولون ولهذا يذكر المقنن فى نهاية كثير من هذه المواد كلمة « إذا لم يتفق المتعاقدان على خلاف ذلك » أو « إذا لم ينصا على غير ذلك » وما أشبه هذه الألفاظ الدالة على أن هذه القوانين ليست ملزمة للمتعاقدين فى جميع الأحوال ولا يبطل أهل القانون شرطاً من تلك الشروط إلا إذا كان مخالفاً لقاعدة من قواعد النظام العام أو الآداب العامة للمجتمع .

وقواعد النظام ـ على وجه الإجمال ـ هى القوانين التى يقصد بها تحقيق مصلحة عامة ، تمس النظام الأعلى للمجتمع . سواء كانت هذه المصلحة سياسة « كالقوانين المتعلقة بالدستور ، والحريات العامة ، والحقوق ، والقوانين الإدارية والقضائية » أو اجتماعية « كالقوانين الجنائية ، وما يتعلق بتكوين الأسرة ، وحالة الأشخاص الأهلية والمدنية » أو اقتصادية كالقوانين التى تنص على حماية الملكية ، والتى تجعل التنافس حراً أمام الجميع » أو خلقية .

فهذا المصالح الأربع تعتبر مصالح أساسية يعنى بها القانون ، ويحرص على حمايتها ، فلا يبيح للأفراد أن يتفقوا على ما يخالف واحدة منها

ولو حققت لهم هذه الاتفاقات مصالح شخصية . فان المصالح الشخصية لا تقوى على الوقوف أمام المصلحة العامة .

وقواعد الآداب هى : مجموعة من العادات وجد الناس أنفسهم ملزمين باتباعها طبقاً لناموس أدبى يسود علاقاتهم الاجتماعية وهذه القواعد — وإن كان القانون لا يعاقب على مخالفة الكثير منها ولا يلزم الناس باتباعها — لكنه ينهى عن ارتكاب ما يخالفها من طريق غير مباشر . فهو لا يسمح للقضاة أن ينظروا فى دعوى تتعلق باتفاق من هذه الاتفاقات ، سواء أكانت متعلقة باسترداد ما دفعه أحد العاقدين بناء على قيامه بتنفيذ ما شرطه على نفسه ، أم كانت متعلقة بطلب دفع ما هو مستحق بمقتضى ذلك الاتفاق ، وفى هذا العمل إيماء إلى خسة هذه الأمور ، وإهدار لكرامة من يتعهد بشىء منها[1] .

وإليك طائفة من الشروط الصحيحة والباطلة توضح ذلك .

(ا) يجيز القانونيون للبائع أن يشرط على المشترى جميع المصاريف اللازمة لتسليم المبيع إليه . كأجرة الكيال أو الوزان أو العداد ونحوها . ويجيزون للمشترى أن يشرط على البائع تحمل المصاريف التى يحتاج إليها المبيع لنقله إلى محل إقامته « المشترى » أو دفع ما يحتاج إليه المشترى فى إثبات الملكية ، كأجرة كاتب الحجج والمستندات التى تثبت الملكية مع أن القانون الخاص ينص على أن ما يجب لتسليم المبيع على البائع ، وما يجب لتسلمه على المشترى (٤٦٤)[2] .

---

(١) أصول القوانين ، ونظرية العقد للأستاذ الكبير عبد الرازق السنهورى

(٢) ونصها « نفقات تسلم المبيع على المشترى ما لم يوجد عرف أو اتفاق يقضى بغير ذلك » .

(ب) ويجيزون لناقل الملكية أن يشرط على من انتقلت إليه عدم التصرف فيها بالبيع وغيره ، متى كان ذلك الشرط مقيداً بمدة محدودة كمدة حياة ناقل الملكية ، وكان مبنياً على مصلحة مشروعة .

(ج) ولا يجيزون لمن يشترى متجراً أن يشرط على بائعه الامتناع عن التجارة فى الأصناف التى باعها مدة حياته ، وفى جميع البلاد . ولا يجيزون لمن يستخدم عاملا أن يشرط عليه ألا يلتحق بعمل مماثل لما يصنعه المصنع طول حياته ، إذا انقطع عن العمل عنده . ليأمن بذلك على أسرار الصنعة ، حتى لا يستغلها العامل فى منافسته بعد أن يكون قد ألم بها عنده .

ومثل ذلك من يشرط على شخص ألا يحترف مهنة معينة ما لم يكن هناك غرض مشروع يرمى إليه المشترط كأن تكون المهنة التى شرط عدم الاحتراف بها مهنة وضيعة تزرى بالكرامة أو أن يكون المشترط قد أراد أن يحمى نفسه حماية مشروعة من منافسة المشترط عليه[1] .

ويعللون بطلان هذه الشروط بمنافاتها للقوانين التى تقرر حرية العمل والتجارة التى هى من قواعد النظام العام .

(د) كما لا يجيزون للعاقد أن يشرط على من يتعاقد معه ألا يكون مسئولا عن تقصيره الجسيم فى القيام بما تعهد به ، ومثلوا لذلك باشتراط مصلحة السكك الحديدية « المذكور فى تذكرة النقل » عدم مسئوليتها . وقالوا : إن هذا الشرط لا يعفى المصلحة من المسئولية ، ومن تبعة تقصيرها الجسيم ، كما لو نقلت مواد قابلة للالتهاب فى عربات مكشوفة ولم تتخذ الاحتياطات اللازمة لصيانتها من اللهب المتطاير من فوهة القاطرة ، وكما

---

(١) الوسيط جـ ٣ ص ٢٢

لو فرغت بضائع قابلة للكسر فى غير محطة الوصول ، ونشأ عن ذلك تحطيمها[١] .

(هـ) ويحكمون ببطلان اشتراط المؤجر على المستأجر ألا يكون له الحق فى رفع أية دعوى بسبب الإيجار طول مدته لمخالفة هذا الشرط لطبيعة عقد الإيجار ، وللنظام العام[٢] .

ولا يصححون اشتراط الرجل على زوجته ألا تتزوج بعد موته، لمخالفته للنظام العام إذا لم يكن هناك غرض مشروع يرمى إليه المشترط من وراء هذا الشرط، فإن كان هناك غرض مشروع يهدف إليه من وراء هذا الشرط كان الشرط صحيحاً ، كأن يقصد إلى جعل زوجته بعد موته تتفرغ لتربية أولادها فلا يشغلها زوج آخر .

ومثل ذلك إذا اشترطت الزوجة غير المسلمة أن يكون أولادها من زوجها المسلم على دينها هى لا على دين زوجها وإلا كان لها حق الطلاق من زوجها فإن هذا الشرط باطل لمخالفته للنظام العام .

وكذلك لو اشترطت الزوجة المسلمة على زوجها ألا يطلقها فان هذا الشرط يكون باطلا لمخالفته للنظام العام .

ومثل هذا أيضاً إذا اشترطت الزوجة على زوجها المسلم ألا يتزوج غيرها وإلا كان الزواج الآخر باطلا أو كانت الزوجة الأخرى طالقاً[٣] .

(و) ولا يحكمون بصحة التزام شخص نحو آخر بمبلغ من النقود بشرط أن يقوم بارتكاب عمل غير مشروع لمخالفة هذا الشرط للآداب .

---

(١) شرح القانون التجارى لمحمد بك صالح .
(٢) عقد الإيجار للدكتور عبد الرزاق السنهورى ص ٥٣ «هامش» .
(٣) الوسيط للدكتور عبد الرزاق السنهورى ج ٣ ص ٢٢

وكذلك الحكم إذا اشترط على شخص ألا يرتكب جريمة ، أو أن يمحو آثار جريمة ارتكبت كأن يعيد مخطوفاً أو يرد مسروقاً ، أو اشترط عليه أن يقوم بعمل واجب عليه قانوناً على أن يتناول أجراً على القيام به ، كأن تدخل الزوجة فى طاعة زوجها أو أن يمتنع الزوج عن معاشرة غير زوجته أو أن يكف شخص عن التشهير بشخص آخر ونحو ذلك فكل هذه شروط تعتبر مخالفة للآداب ، لأنها جزاء مادى على القيام بالواجب ، والواجب يتعين القيام به دون جزاء[1] .

(ز) ولا يحكمون بموجب اشتراط المودع على صاحب الوديعة أن يدفع له أجراً فى نظير رد الوديعة إليه ، ولا بموجب اشتراط المقترض على من أقرضه ، أن يدفع له شيئاً فى نظير رد المال المستقرض إليه . لمخالفة كل منهما للأخلاق والآداب العامة .

ومن هـذا يتبين أن رجال القانون يطلقون الحرية للناس فى باب الشروط ولا يقيدونهم إلا بقيد واحد ، وهو ألا يخالف شروطهم القوانين الموضوعية لحفظ النظام العام أو الآداب العامة للمجتمع .

ولا يخفى أن هذا الرأى يخالف رأى الجمهور من الحنفية والمالكية والشافعية الذين يقررون أن الأصل فساد الشروط التى تخالف مقتضى العقد وأنه لا يصح شرط منها إلا بدليل معين من نص أو إجماع أو قياس مخالفة تامة . ويوافق - فى الجملة - رأى البعض الآخر من الفقهاء ، وهم الذين يرون أن الأصل جواز الشروط وصحتها ، ولا يحرم شرط ولا يفسد إلا إذا ألغى المقصود الأصلى من العقد أو خالف حكم الله ورسوله ، سواء وافق مقتضى العقد الخالى من الشرط أم خالفه . إذ الجميع يفتحون باب الشروط

---

(١) المصدر السابق ص ٢٣

أمام المتعاقدين على مصراعيه ، ويجعلون لإرادتهما سلطاناً كبيراً فى تحديد الحقوق والآثار التى تنشأ عن العقد وتترتب عليه ، غير أن هؤلاء الفقهاء يعتمدون فى تقرير ذلك على الأدلة الشرعية المثبتة لهذا الأصل ، وأهل القانون يعتمدون على ما يترتب على هذا العمل من الفائدة التى تعود على الناس فى حياتهم العملية ، وأن الأولين يحكمون النصوص الشرعية وقواعد التشريع العامة فى الحكم على بعض الشروط بالبطلان ، والآخرين يحكمون نصوص القانون وقواعده العامة التى هى بمثابة ما يطلق عليه الفقهاء « حقوق الله تعالى الخالصة » وهى ما يتعلق به النفع العام للعالم من غير اختصاص بأحد كالإيمان بالله تعالى وكالصلاة والزكاة والكفارات ، وكحد قطاع الطرق ، وما أشبه ذلك .

وأنت إذا عرفت أن تلك الأنظمة العامة والقواعد الخلقية ليس لها حد ثابت وحقيقة لاتتغير ، كما اعترف بذلك رجال القانون أنفسهم ، لأن مايكون من النظام العام عندنا لايكون من النظام العام عند غيرنا ، وما يكون من الآداب العامة عندنا لايراه غيرنا كذلك ، إذ أن مرجع كل ذلك إلى عقائد الشعوب وعاداتهم ، وما ألفوه فى حياتهم اللهم إلا إذا أصبح الناس فى جميع بقاع الأرض أمة واحدة متحدة فى العقيدة والأخلاق والعادات ، ومحال فى مجارى العادة ونظام الكون أن يكون هذا « ولايزالون مختلفين إلا من رحم ربك ، وكذلك خلقهم » .

وعلمت أن أوامر الشرع ونواهيه التى حكمها الفقهاء واضحة بينة لاتغيير فيها ولا تبديل . لأنها صادرة عن الخبير بمصالح الناس ، مهما تعددت وكثرت ، العليم بحاجاتهم ، مهما تنوعت واختلفت ، وأنه ـ سبحانه ـ لاينهى الناس عن أمر من الأمور إلا لعلمه ـ جل شأنه ـ بما ينطوى عليه ذلك الأمر من المفسدة الخالصة ، أو الراجحة على مايجلبه من مصلحة ، ظهر ذلك لنا

أم خفى علينا أقول : إذا علمت ذلك كله ، أدركت فى سهولة ويسر : أن مااعتمد عليه الأولون هو الصراط المستقيم ، والجادة الواضحة التى لا اعوجاج فيها ، ولا التواء وفقنا الله إلى اتباع شريعته ، والاقتباس من هديه

المبحث الثانى

أثر الشروط فى العقود والتصرفات فى المذاهب المتخلفة .

تمهيد : أثر الشرط فى العقد هو الحكم الذى يترتب على اشتراطه فيه من تقييده به ، وثبوت الخيار لصاحب الشرط فى فسخ العقد عند فوات ماشرطه أو إلغاء مقتضى العقد وحكمه .

وقد قسم العلماء على اختلاف مذاهبهم ـ إذا استثنينا الظاهرية ـ الشروط الواقعة فى العقود والتصرفات إلى قسمين :

القسم الأول : شروط صحيحة والقسم الثانى : شروط غير صحيحة ، وهذا الأخير تحته نوعان : نوع مفسد للعقد أو مبطل له . ويعبر عنه بعضهم بالشروط الفاسدة ونوع باطل لا يؤثر فى العقد بشىء ولما كان هؤلاء العلماء ـ مع اتفاقهم على هذا التقسيم ـ مختلفين اختلافاً كثيراً فى أعيان الشروط التى تدخل تحت كل قسم من هذه الأقسام ، كما اختلفوا فى آثار بعض الشروط رأيت أن أفرد كل مذهب بتقسيمه الخاص به على حده . فأقول .

مذهب الحنفية

قسم الحنفية الشرط الواقع فى العقد إلى الأقسام الآتية :

القسم الأول : الشرط الصحيح وهو الذى يقتضيه العقد أو يلائم مايقتضيه ، أو يدل النص على جوازه ، أو يجرى به العرف ، فأنواعه أربعة :

النوع الأول : الشرط الذى يقتضيه العقد ، وهو مايكون موجبه حكما من أحكامه ، وأثراً من آثاره . وهذا الشرط - كما يرى من تعريفه - لا يثبت شيئاً زائدا على العقد ، وإنما هو تصريح بما يفيده ، وتوكيد له واشتراطه وعدم اشتراطه سواء .

مثال ذلك اشتراط المشترى على البائع تسليم المبيع ، أو أن يرده إليه إذا وجد به عيباً ينقص ماليته ، أو أن يكون له الحق فى الانتفاع به ، والتصرف فيه كيف يشاء ، واشتراط البائع على المشترى تسليم الثمن قبل أخذ المبيع . فإن هذه كلها أحكام ثبت بالبيع نص عليها العاقدان أم لا .

ومثال ذلك أيضاً ، اشتراط المرأة فى عقد النكاح أن يدفع لها الزوج معجل صداقها ، أو أن ينفق عليها ويكسوها ، أو أن يعاشرها بالمعروف ، أو يطلقها بإحسان ، فإن هذه كلها آثار يقتضيها عقد النكاح ، فاشتراطها فيه وعدم اشتراطها سواء .

ومن ذلك أيضاً اشتراط رب الأرض على المزارع مايحتاج إليه الزرع من السقى والحفظ وقلع الحشائش وحفر الأنهار والمساقى ونحوها . فإنها أمور يقتضيها عقد المزارعة . فذكرها وعدم ذكرها سواء .

ومن هذا النوع أيضاً ، اشتراط المضارب على رب المال أو المستعير على المعير ألا يضمن مافى يده من المال إذا هلك من غير تعد منه ولا تفريط فى الحفظ ، فإن ذلك من مقتضى عقد المضاربة والعارية . فاشتراطه اشتراط لموجب من موجبات العقد فيكون صحيحاً .

ومن هذا أيضاً اشتراط الراهن على المرتهن ضمان المال المرهون فى حال الهلاك مطلقاً سواء هلك بنفسه أم باستهلاكه . لأن ذلك ثابت بمقتضى عقد الرهن وحكمه اشترط أو لم يشترط .

وقس على هذا سائر العقود إذا اشترط فيها حكم من أحكامها . وأثر من آثارها .

والنوع الثانى : الشرط الملائم وهو الذى لا يقتضيه العقد ، ولكنه يؤكد مايجب بالعقد ويقرره .

وذلك كاشتراط البائع على المشترى أن يعطيه رهنا معينا بالثمن المؤجل أو أن يأتيه بكفيل به ، أو أن يحيله بالثمن على فلان . فإن كلا من الرهن والكفالة والحوالة لاتجب بالبيع من غير شرط . ولكنها تؤكد مايجب به وهو الثمن .

أما الرهن والكفالة فلأنهما من العقود المشروعة للتوثق بالدين ، فاشتراطهما فى الثمن توثيق له ، وضمان للحصول عليه . فيكونان ملائمين للبيع .

وأما الحوالة فلأن المحال ـ فى العادة ـ لايختار الحوالة بالدين إلا إذا كان المحال عليه فى نظره ـ أيسر حالا من المدين الأصلى وأحسن منه قضاء فيكون اشتراطها فى البيع ملائماً ومؤكدا لما يجب به وهو الثمن .

وحكم هذا الشرط ـ على العموم ـ لزوم الوفاء به بحيث إذا فات كان للشارط الخيار بين فسخ العقد وبين إمضائه إذا كان العقد قابلا للفسخ بتراضى الطرفين كالبيع والإجارة ونحوهما .

فإذا امتنع المشترى فى مسألة الرهن من تسليم المرهون أو قيمته كان للبائع الخيار فى الفسخ أو الإمضاء ، لأنه لم يرض بتأجيل الثمن إلا بالرهن فإذا لم يسلمه إليه فات رضاه بالبيع فيثبت له الخيار كيلا يتضرر من لزوم العقد مع فوات ماشرطه فيه .

والنوع الثالث : الشرط الذى ورد الشرع بجوازه ، وإن كان لا يقتضيه العقد ولا يلائمه .

كاشتراط الخيار للعاقدين أو لأحدهما أو لغيرهما مدة معلومة فى البيع ونحوه من كل عقد لازم يقبل الفسخ بتراضى الطرفين ، وذلك لورود النص به ، وهو ماجاء فى حديث حبان بن منقذ من أن النبى صلى الله عليه وسلم قال له : «إذا بايعت فقل لا خلابة ولى الخيار ثلاثة أيام» فإنه يفيد مشروعية اشتراط الخيار فى البيع لكل واحد من المتعاقدين ، ولما كانت العلة فى هذا التشريع هى الحاجة إلى التروى والاستشارة تعدى ذلك إلى غيره من العقود اللازمة التى تقبل الفسخ كالإجارة والمزارعة والقسمة لوجود تلك الحاجة إلى اشتراط الخيار فيها .

ومثل ذلك أيضا اشتراط البائع أو المشترى أنه إن لم ينقد الثمن فى ثلاثة أيام مثلا فسخ العقد ، فإن هذا الشرط صحيح لأنه فى معنى خيار الشرط وذلك لأن العاقد كما يحتاج إلى التأمل فى العقد أيوافقه أم لا ؟ يحتاج كذلك إلى التأمل فى نقد الثمن فالبائع يحتاج إليه من جهة وصوله إليه فى تلك المدة، والمشترى من جهة القدرة عليه فيها ، فكان مشروعا كخيار الشرط .

ومن هذا النوع أيضا اشتراط تأجيل الثمن فى البيع والمهر فى النكاح إلى أجل معين لورود الأخبار التى تدل على جواز ذلك وصحته .

والنوع الرابع : الشرط الذى جرى به العرف وإن كان لا يقتضيه العقد ولا يلائمه ، ولم يرد النص به .

ومثلوا له بشراء الخف على أن يرقعه له البائع ، وشراء الجلد على أن يجعله له حذاء .

ومثله الآن شراء الساعة بشرط أن يصلحها البائع مدة معلومة كستة

اشهر « مثلا » وشراء الملابس المخيطة على أن يصلحها البائع حتى تكون بشكل مخصوص ونحو ذلك من كل مايتعارفه الناس ، ويشترطونه فى معاملاتهم . فإن اشتراطه يكون صحيحا يتقيد العقد به ، ويصير موجبه حكما من أحكامه ، وأثرا من آثاره : وهذا هو رأى الإمام وصاحبيه ، وخالف فى ذلك زفر فحكم بفساده وفساد العقد به متمسكا بالقياس ، والأصل العام فى الشروط التى تخالف مقتضى العقد وحكمه وهو الفساد وعدم الصحة .

ولكن علماء المذهب رجحوا القول الأول ، وجروا عليه فى تفريعاتهم وتخريجاتهم .

ولست الآن بصدد تحقيق أن العرف يعتبر دليلا تخصص به النصوص وتترك به الأقيسة أولا . بل ذلك بحث آخر مغاير لما نتكلم فيه الآن .

والذى يعنينا هنا من ذلك هو معرفة نوع هذا العرف الذى اعتبروه . أهو العرف العام أم الخاص[1]؟

من تتبع كلامهم فى الفروع ، وأمثلتهم للشروط المتعارفة التى صححوها وجدهم يعتبرون العرف ولو كان خاصا .

قال الكمال بن الهمام فى فتح القدير[2] - عند ذكر أمثلة الشروط المتعارفة - ومثله فى ديارنا - يعنى مصر - شراء القبقاب على أن يسمر له سيراء فقد صح

---

(١) العرف العام - كما قال ابن عابدين فى نشر العرف ص ١٢٤ ، هو ما تعامله عامة أهل البلاد الاسلامية سواء أكان قديما أو حادثا . والعرف الخاص هو : مالم يتعارفه أهل هذه البلاد جميعا كتعامل أهل بلد أو حرفة . كتعارف أهل بلخ وخوارزم دفع الغزل إلى حائك لينسجه بثلثه .

(٢) ج ٥ ص ٢٢١ .

هذا الشرط . لتعارف أهل مصر العمل به ، وهو - كما ترى - ليس عرفا عاما وغير ذلك مما فرعه الفقهاء المتأخرون .

بل من يراجع الفروع المروية عن أئمة المذهب الأولين تجدهم يعتبرون العرف الخاص كذلك .

من ذلك ما روى عن أبي يوسف - رحمه الله تعالى - أنه صحح اشتراط رب الأرض على العامل حصاد الزرع ، ودياسه ، وتذريته لجريان العرف به في زمانه[١] ومن ذلك إفتاء محمد بن الحسن - رحمه الله تعالى - بجواز بيع الثمار التي قد بدا صلاحها ، أو تم نضجها - على حسب اختلاف النقل عنه - بشرط بقائها مدة على أشجارها . لما جرى العرف في بلاده بذلك ، وهو عرف خاص حادث لم يكن في زمن الإمام وأبي يوسف[٢].

ولكن أصحاب القواعد الفقهية عندما تكلموا في العرف الذي يصلح مخصصا للنصوص ، وتترك به الأقيسة ، قرروا أن المعتبر منه هو العرف العام ، وأما العرف الخاص فلا يعتبر إلا عند جماعة من الفقهاء منهم نصير ابن يحي ومحمد بن سلمة البلخيان ، وأبو علي النسفي « من علماء ما وراء النهر »

قال صاحب الإشباه - بعد كلام طويل على العرف والفروع المبنية عليه - والحاصل أن المذهب عدم اعتبار العرف الخاص ، ولكن أفتى كثير من المشايخ باعتباره[٣] وهنا يحار الباحث في ترجيح أي الرأيين : مايؤخذ من الفروع ، أو مايؤخذ من الأصول والقواعد .

---

(١) فتاوى قاضيخان ج ٣ ص ١٦١ ، ١٦٢ .

(٢) رد المحتار ج ٤ ص ٤١

(٣) ج ١ ص ١٣٥ « شرح الحمدى » .

ونحن إذا عرفنا أن هذه الأصول إنما أخذت من الفروع فى المذهب أدركنا فى سهولة - إنه لاعبرة بها إذا خالفت تلك الفروع .

وحينئذ فالصحيح من مذهب الإمام وصاحبيه أن العرف يعتبر ولوكان خاصا وقضية ذلك أن يكون مصادما للنص هنا وهو حديث « نهى النبى - صلى الله عليه وسلم - عن بيع وشرط » فيخصصه .

ولما رأى ذلك بعضهم حاول إخراج الشرط المتعارف من مشمولات هذا النص حتى يتفادى المصادمة بينهما ، فعلل الحديث بعلة لاتتحقق فى الشرط المتعارف فقال : إن النهى فيه معلل بوقوع النزاع والخصام بين المتعاقدين بسبب الشرط ، وذلك مخرج للعقد عن المقصود به ، وهو قطع الخصومة(١).

ولكن تلك المحاولة لاتدفع ذلك المحظور فقد علل الحديث بغير هذا قال الكاسانى فى بدائعه ، والزيلعى فى تبيين الحقائق : إن علة فساد البيع بالشرط هى مايؤدى إليه الشرط من الربا » .

ولهذا عدوا الحكم بالفساد إلى كل معاوضة مالية اشترط فيها شرط فيه . منفعة لأحد العاقدين . وهذا التعليل لايخرج الشرط المتعارف من مشمولات الحديث . فيكون تجويزهم له ، وتصحيح العقد معه مصادما للنص على أن التعليل الأول الذى يجعل الشرط المتعارف غير داخل فى عموم هذا الحديث وأن تجويزه لايصادم النص إن صح فى هذا الحديث فلا يصح فى الأدلة الأخرى التى تدل على فساد الشروط عامة إلا ما قام الدليل المعين على جوازه . كحديث « كل شرط ليس فى كتاب الله فهو باطل » وغيره مما تقدم فى المبحث الأول .

---

(١) راجع العناية جـ ٥ ص ٢١٥ ، ورد المحتار جـ ٤ ص ١٢٩ .

وعلى هذا فلا يزال العرف معارضا للنص ، ومخصصا له . ويعبر عن هذا العمل بالاستحسان . ومسائله كثيرة جدا يقف عليها من تتبع مسائل الاستحسان فى الفقه الحنفى .

قد يقال : إذا انتهت المسألة إلى أن العمل بالعرف استحسان فليس فيه ترك للنص . وغايته ترك القياس بالعرف . فإن الاستحسان - كما عرف علماء الأصول هو : كل دليل فى مقابلة القياس الجلى .

والجواب : أن القياس - الذى يذكر فى مقابلة الاستحسان لايراد منه القياس الأصولى ، الذى هو : الحاق فرع بأصل فى حكمه لمشاركته فى علة ذلك الحكم . بل الذى يظهر فى غالب مسائل الاستحسان . أن المراد به : النص العام أو القاعدة المأخوذة من دليل عام أو جملة أدلة .

لأن حقيقة الاستحسان فى الفقه — كما يؤخذ من استقراء مسائله — استثناء فرد من عموم حكم نظائره بدليل شرعى أعم من النص ، أوالإجماع أو القياس الخفى أو العرف أو المصلحة ، سواء كان حكم النظائر ثابتا بنص عام أم بغيره كقاعدة شرعية ، أو قياس أصولى(١).

---

(١) ولإيضاح هذا المقام ، نذكر هنا مثالا لكل واحد مما ذكرنا فنقول :
مثال الاستحسان الثابت بالنص الخاص ، ونظيره ثابت بنص عام ، السلم . فإنه بيع ما ليس عند الإنسان والأصل فيه عدم الجواز للنهى عن بيع المعدوم الثابت بقوله صلى الله عليه وسلم لحكيم بن حزام : «يا حكيم لا تبع ما ليس عندك» وهو نص عام يشمل السلم وغيره ولكن استثنى السلم بنص خاص وهو قول النبى صلى الله عليه وسلم « من أسلف فليسلف فى كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم » .

ومثال الاستحسان المستند إلى العرف ما قالوه فيمن استعار دابة ثم ردها =

= إلى بيت مالكها ثم هلكت إنه لا يضمن استحسانا لتعارف الناس الرد على هذا الوجه والقياس أن يضمن لعدم ردها إلى يد مالكها كما فى الثوب ونحوه .

ومثال الاستحسان المستند إلى المصلحة وحكم النظائر ثابت بالدليل العام توريث زوج المرتدة منها إذا ارتدت فى مرض الموت ، فإن القياس ألا يرث لقوله صلى الله عليه وسلم « لا يرث المسلم الكافر » ولقوله أيضاً « لا يتوارث أهل ملتين شتى » ولكنه استحسن الإرث فى هذه الصورة نظراً للمصلحة وتأديب مثلها إذا أرادت أن تفر من ميراث زوجها .

ومثال الاستحسان المستند إلى نص خاص وحكم النظائر مستند إلى قاعدة شرعية وجوب دية المقتول خطأ على العاقلة ، فان مقتضى القياس قصر وجوبها على القاتل عملا بالقاعدة الشرعية ، وهى : أن كل ما جناه الانسان أو التزمه لا يتحمله عنه غيره » ، وهذه القاعدة مأخوذة من جملة أدلة وردت فى الشرع كقوله تعالى « ولا تزر وازرة وزر أخرى » وقوله جل شأنه « كل امرىء بما كسب رهين » ، ولكنه استحسن وجوبها على العاقلة عملا بموجب النص الوارد فيها وهو ما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم « قضى بالدية على العاقلة » .

ومثال الاستحسان بالقياس الخفى الواقع فى مقابلة القياس الجلى قول الرجل لزوجته إن حضت فأنت طالق فقالت حضت وكذبها الزوج ، فالاستحسان أنها تصدق قياساً على قولها للزوج إذا أراد منها شيئاً : إنى حائض الآن وما أشبه ذلك فإنها تصدق والقياس ألا تصدق حتى يعلم وجود الحيض منها أو يصدقها الزوج اعتباراً بما لو قال لها : إن دخلت الدار أو كلمت فلانا فأنت طالق فقالت دخلت الدار أو كلمت فلانا فإنها لا تصدق حتى يثبت أنها دخلت الدار أو كلمت فلانا ، فكلا الحكمين وهو التصديق وعدمه ثابت بالقياس غير أن الأول ثابت بالقياس الخفى لخفاء الجامع بين المقيس والمقيس عليه وهو أن المرأة أمينة فيما لا يعلم إلا من جهتها كالحيض والحمل ، وهذا لا يعلم بمجرد النظر بل يحتاج إلى البحث وإمعان النظر بخلاف القياس الثانى فإنه قياس جلى لتبادر علته وظهور الشبه فيه بين المقيس والمقيس عليه ، وهو أن كلا سبب فى وقوع الطلاق عند وجوده وقد صدقت وقبل قولها فى وجود المقيس عليه فكذلك تصدق فى الاخبار بوجود المقيس .

وإذا ثبت اعتبار الحنفية للعرف بهذا الشكل فى باب الشروط كان فتحا له بعد إغلاقه بذلك الأصل الذى أصلوه وهو قولهم : الأصل فساد الشروط إلا إذا دل دليل معين على صحتها .

والحق أن هذا هو الذى يساير الزمن ، ويلائم المدنيات المتجددة ، ويجعل الشريعة مرنة رحبة الصدر ، لاتصك فى وجه المستظلين بها أبواب الرقى والتقدم وفيه البرهان العملى على صلاحيتها لكل الأزمنة والحجة الدامغة فى وجه الطاعنين عليها بالجمود .

وأخيرا نقول : إنه يفك تلك السلسلة التى طوقوا بها عنق معاملة الناس حلقة بعد حلقة على مر الأزمان .

«القسم الثانى» الشرط الفاسد . وهو - على ماضبطه فقهاؤنا - مالا يقتضيه العقد ، ولا يلائمه ، ولم يرد به النص ، ولم يجر به العرف ، وكان فيه منفعة لأحد العاقدين أو لغيرهما من أهل الاستحقاق .

وقد قرر هؤلاء الفقهاء أن هذا النوع من الشروط يؤثر فى العقد بالفساد . . فلا يترتب على انعقاده أى أثر مالم يحصل القبض . ولكن ليس ذلك عاما فى جميع العقود ، بل فى طائفة منها حصروها - بوجه عام - فى عقود المعاوضات . . المالية المحضة كالبيع بأنواعه - المطلق ، والسلم والصرف والمقايضة - وكالإجارة والمزارعة والمساقاة والقسمة ، والصلح بمال عن مال .

وأما غيرها من عقود المعاوضات غير المالية كالنكاح والخلع على مال وعقود التبرعات كالهبة والقرض والوديعة والعارية والوصية والحوالة والكفالة والرهن وما شابهها ، فلا أثر لهذا الشرط فيها . بل يلغو الشرط وحده . ويبقى العقد صحيحا يترتب عليه أثره .

توضيح ذلك بالأمثلة

إذا شرط البائع على المشترى أن يسكن الدار المبيعة ستة أشهر (مثلا) إذا لم يجر العرف بذلك .

فإن هذا شرط فاسد لأنه إلزام للمشترى بتلك المنفعة الزائدة على مقتضى العقد المطلق ، لم يرد به نص ، ولا اقتضاه عرف . وحينئذ يفسد البيع به ولا يستتبع أثره الذى هو الملك إلا إذا قبض المشترى المبيع بإذن البائع صراحة أو دلالة ومثل هذا لو شرط المشترى على البائع أن يدفع أجرة نقل المبيع إلى بلد معين وهو بتلك الأوصاف السابقة . فإن البيع يفسد بهذا الشرط .

وكما لو شرط المؤجر على المستأجر أن يقرضه مقدارا من المال أو أن يعطيه مقدارا معينا مما تخرجه الأرض المستأجرة من الزرع على وجه الهبة فإن هذه منفعة زائدة على مقتضى العقد لا مقابل لها فيه . فاشتراطها يفسد العقد .

ومن هذا أيضاً إذا اشترط رب الأرض على العامل فى عقد المزارعة أن يخدمه مدة معينة فى عمل لا يتعلق بالزرع . فإنها منفعة زائدة على ما يجب بالعقد ولم يرد بإباحتها نص كما لم يجر بها عرف ، فاشتراطها يفسد عقد المزارعة .

وأما إذا شرطت المرأة لزوجها ألا يكون عليه نفقتها . أو أن تعطيه شيئاً من مالها على سبيل الهبة أو القرض .

أو شرط الواهب على الموهوب له أن يتصدق بالعين الموهوبة ، أو أن يبيعها لشخص معين ، أو أن يقضى بها دينا عليه لإنسان معين .

أو قال الكفيل للمكفول عنه أكفلك لفلان على شرط أن تهبنى كذا من المال .

أو قال المحتال عليه للمحيل أقبل الحوالة على أن تقرضنى كذا من المال

أو تخدمنى شهراً فهذه الشروط وما شابهها باطلة لاتلزم من التزمها ، ويصح العقد ولا يبطل بإبطالها .

هكذا فرق الحنفية بين نوع ونوع من العقود . وهنا نتساءل عن سر هذا الفرق مع أن الموجود أمامنا من الأدلة هو حديث « نهى النبي - صلى الله عليه وسلم - عن بيع وشرط » وهو بظاهره لايفيد إلافساد عقد البيع .

بحثنا فوجدنا صاحب تبيين الحقائق يعلل الحديث بما يجعله يضم تحته بقية عقود المعاوضات المالية فيقول ماخلاصته «أن حقيقة الشروط الفاسدة هو زيادة ما لا يقتضيه العقد ولا يلائمه ، فيكون فيه فضل خال عن العوض وهو الربا بعينه . لأن الربا هو الفضل الخالى عن العوض وهو يختص بالمعاوضات المالية دون غيرها من المعاوضات غير المالية كالنكاح والطلاق على مال والخلع ونحو ذلك والتبرعات (١) »

وتوضيح هذا أن المتعاقدين لما قصدا المقابلة بين العوض والمعوض خلت المنفعة التى يشتمل عليها الشرط من مقابل ، فيكون ربا ، ووجود الربا فى عقود المعاوضات يفسدها .

وأنت ترى أن تصور الربا بهذا الشكل يجعله من ربا الفضل . وقد قال علماء الحنفية : أن علة تحريمه هى اتحاد القدر « الكيل والوزن » والجنس ومن الواضح أنها لا تكون إلا فى المقدرات ، والزيادة فيها من جنس المبيع أو الثمن والفائدة التى جاء بها الشرط ليست كذلك فالربا غير موجود . إلا إذا أرادوا به الربا اللغوى — وهو مطلق الزيادة — ولكنه لم يوجد فى الشرع مايحرم مطلق الزيادة بل الذى منعته الأدلة زيادة خاصة .

---

(١) راجع تبيين الحقائق ج ٤ ص ١٣١

على أنا لو سلمنا أن المنفعة زيادة شملتها أدلة الربا فلا نسلم خلوها عن العوض حتى تكون ربا محرماً .

لأن العادة جرت فى مثل هذه العقود التى يشترط فيها تلك الشروط المشتملة على منافع لأحد الطرفين أن يلاحظ فيها جعل شىء من الثمن أو المبيع مقابلا لها فمثلا لو اشترى شخص أردباً من القمح على أن يحمله له البائع إلى بلده ، يرفع المتعاقدان الثمن بنسبة أجرة الحمل ، عكس ما لو اشترى خالياً من هذا الشرط ومن خبر تبايع الناس . واستفتى التجار فى ذلك يصدق ما نقول .

وليس من المعقول أن يسوى البائع بين شخصين اشتريا منه . أحدهما شرط عليه النقل ، والآخر لم يشترط ذلك .

قد يقال : إنه بهذا التصوير وجد فيه مفسد آخر وهو كون هذا التصرف دخل فى باب « صفقتين فى صفقة : صفقة البيع ، وصفقة الإجارة . وهو منهى عنه شرعاً .

والجواب : أن كلامنا فى التعليل بالربا . على أن حديث الصفقتين إن صح - يجعل الشرط الفاسد مفسد الجميع العقود التى يدخلها لافرق بين معاوضات وغيرها وأنتم لاتقولون بذلك .

وأخيراً نقول : إن قضية الربا لو صحت لاطرد ذلك الفساد فى كل شرط تعارفه الناس أو لم يتعارفوه . لأن العرف مهما قوى سلطانه - لا يبيح الربا وأنتم صححتم العقد المشتمل على الشرط الذى تعارفه الناس ، وعلى هذا فالتعليل بالربا لا يصلح أن يكون مدركا لأئمة المذهب فى تلك التفرقة .

والذى يظهر لى أن مدركهم فيها أمر وراء هذا . وهو : اشتراط الرضا فى صحة العقود المتعلقة بالمال ، وعدم اشتراطه فى صحة ماعداها كما هو مقرر

عند علمائنا رحمهم الله تعالى — وبيان ذلك :

أنه لما كان الأصل فى المذهب هو فساد الشروط الزائدة على العقد إلا إذا دل دليل معين عن الصحة — كما تقدم فى المبحث الأول — وهذا الشرط الذى الكلام فيه لم يدل عليه دليل خاص، فيكون باطلا شرعا لا يجب الوفاء به على من التزمه ، ولا تصح مطالبة صاحبه به .

ومن المعروف أن الشارط له ما رضى بالعقد إلا مقيداً بهذا الشرط بل قد يكون الدافع له إلى إنشاء العقد هو تحصيل فائدة الشرط — فعند فوات الشرط — لما أبطله الشارع — فات رضاه بأصل العقد ، وانعدام الرضا فى هذا النوع من العقود مفسد لها .

وكان تقتضى هذا أن تفسد جميع عقود التمليكات التى جعلوا الرضا شرطا فيها سواء أكانت معاوضات أم تبرعات .

ولكن التبرعات استثنيت من هذا الحكم لدلالة الدليل على ذلك وهو ما روى أن النبى — صلى الله عليه وسلم — حكم فى العمرى — وهى الهبة التى يشترط فيها الواهب رجوع العين الموهوبة إليه بعد موت الموهوب له بصحتها ، ونفاذها على المعمر وإبطال شرط الرجوع اليه . وهو — وإن كان خاصاً بالهبة — إلا أنه يقاس عليها سائر التبرعات لأن المقصود منها هو فعل الخير والمساعدة . والتصحيح هو الذى يناسبها ، ترغيباً للناس ، وتعميما للإحسان بينهم .

وغرضنا من هذا كله هو بيان وجهة نظر أئمة المذهب الصحيحة فى التفرقة التى تتفق وقواعد المذهب .

أما صحة الرأى فى ذاته ، أو عدم صحته فسيظهر ذلك فى آخر هذا المبحث إن شاء الله تعالى .

« والقسم الثالث » من الشرط الواقع فى العقد هو الشرط الباطل . وهو ما لا يقتضيه العقد ولا يلائمه . ولم يرد به النص ، ولم يجربه العرف ، وليس فيه منفعة تقصد فى العرف والعادة .

كاشتراط البائع على المشترى ألا ينتفع بالعين المبيعة ، أو أن ينتفع بها على نحو معين . كاشتراط صاحب العمل على الأجير أن يعمل بآلة خاصة مما يقوم غيرها مقامها .

وكاشتراط صاحب الوديعة على المودع أن يضع الوديعة فى يمينه لا فى شماله . ونحو ذلك من كل شرط لا يترتب عليه فائدة مقصودة .

وحكم هذا النوع أنه لا أثر لاشتراطه فى العقد الذى يوجد فيه سواء أكان من عقود المعاوضات المالية كالبيع والإجارة ونحوهما ، أم كان من عقود المعاوضات غير المالية وعقود التبرعات كالنكاح والهبة وما أشبههما .

والسبب فى ذلك يرجع إلى انتفاء علة الفساد وهى — على حسب ما قرره مشايخنا — الربا وعلى حسب ما رأيناه — انتفاء الرضا بالعقد عند فوات الشرط .

وذلك لأن الشرط لما خلا عن الفائدة التى تعود على المشروط له . فلم يتحقق الربا المؤثر فى العقد بالفساد .

وكذلك لم ينتف الرضا بالعقد بإلغائه ، وإمضاء العقد بدونه ، وإذا انتفت علة الفساد كان العقد صحيحاً يستتبع حكمه وأثره الذى وضع شرعا لإفادته .

وبهذا ينتهى الكلام على أثر الشروط فى العقود عند الحنفية . ولنتكلم فيما يلى على أقسام الشروط وأثرها عند الشافعية .

مذهب الشافعية

الذى يؤخذ من كتب المذهب المختلفة ، أن الشرط الواقع فى العقد ينقسم إلى الأنواع الآتية :

النوع الأول : الشرط الذى يقتضيه العقد . وهو ما يكون الملتزم به حكما من أحكام العقد ، وأثراً من آثاره .

وحكم هذا النوع ، أنه لا يضير العقد ذكره ، ولا ينقصه إهماله لثبوت موجبه ، ومقتضاه فى الحالتين .

وذلك كاشتراط المشترى فى عقد البيع أن ينتفع بالعين المشتراة كيف شاء . وأن يتصرف فيها بجميع ما يملكه من التصرفات من بيع وإجارة ، وهبة ورهن ووقف وغير ذلك . فإن هذه الأمور تثبت للمشترى بمقتضى البيع شرطت فيه أم لاومثال ذلك أيضاً اشتراط المرتهن فى عقد الرهن أن يكون مقدما فى الاستيفاء من العين المرهونة على سائر الغرماء .

واشتراط الشركاء فى عقد الشركة ، تقسيم الربح الناتج منها بنسبة ما يملكه كل واحد منهم فى رأس المال ، أو ألا يتصرف أحدهم فى مال الشركة تصرفا يعود بالضرر على باقى الشركاء كالبيع بغبن فاحش ، والسفر لغير حاجة وغير ذلك .

فهذه كلها أحكام تثبت بمقتضى الرهن والشركة سواء نص عليها أم لا فاشتراطها ، وعدم اشتراطها سواء .

« والنوع الثانى » الشرط الذى لا يقتضيه العقد ، ولكن فى اشتراطه مصلحة تعود على العقد أو العاقدين أو أحدهما

كاشتراط الإشهاد على البيع أو الإعارة أو الرهن ونحوها . أواشتراط كتابتها فى صك .

فإن ذلك فيه توكيد لنفس العقد ، وضمان له من الجحود والإنكار . وهى مصلحة للعقد أو للعاقد .

ومن هذا النوع أيضاً اشتراط الرهن أو الكفيل بالثمن أو المبيع الذى قد أجل تسليمه . فإن ذلك شرط مؤكد لما يجب بالعقد وهو تسليم المبيع والثمن ومثال ذلك أيضاً ، إشتراط صفات يرغب فيها فى العين المعقود عليها ، كاشتراط البائع أن تكون الأرض صالحة للزراعة ، أو ألا تكون مرهونة . أو أن تكون الدابة حلوبا أو حاملا على الأصح فى المذهب[١] .

وكاشتراط الرجل فى النكاح أن تكون المرأة شابة أو جميلة أو بكراً ونحو ذلك من الأوصاف التى يرغب فيها عادة .

وحكم هذا النوع أنه يتقيدالعقد به ، ويثبت فيه ، ويكون لصاحب الشرط الخيار فى فسخ العقد عند فوات الشروط .

لأن الرضا بالعقد إنما كان لأجل تحقق المشروط فيه . فإذا انتفى ذلك المشروط زال الرضا بالعقد . فيكون له الخيار بين فسخ العقد و بين إمضائه دفعاً للضرر الذى قد يلحقه من لزوم العقد حينئذ .

« والنوع الثالث » : الشرط الذى يخالف مقتضى العقد ، ولم يرد الشرع بجوازه وكان فيه منفعة مقصودة للشارط فى عرف الناس وعادتهم ،

وأثر هذا النوع فى الجلة — أنه يبطل العقد الذى يشترط فيه ويجعله

---

(١) أنظر فتح العزيز ج ٨ ص ٢٠٦ ، ٣٠٧ ، ٢٠٨ .

كأن لم يكن سواء أكان من عقود المعاوضات كالبيع والإجارة والنكاح أم كان من عقود التبرعات كالهبة والرهن والكفالة ونحوها .

والوجه فى ذلك . أن هذا الشرط لما خالف مقتضى العقد كان باطلا للأدلة الكثيرة على ذلك . مثل « كل شرط ليس فى كتاب الله فهو باطل » وغيره مما تقدم ذكره فى المبحث الأول .

وإذا بطل الشرط - والفرض أن فيه منفعة مقصودة للشارط - وجب أن يبطل العقد أيضاً . لفوات الرضا به حينئذ من الشارط . لأنه لم يرض بالعقد إلا بتحقق ما شرط فيه . فإذا لغا الشرط وبطل فات رضاه بالعقد . والرضا شرط فى صحة العقود جميعها . فانعدامه يوجب بطلانها ، وعدم انعقادها وبناء على هذا حكموا بفساد النكاح وبطلانه إذا اشترط فيه أحد الزوجين الخيار لنفسه أو لغيره مدة معلومة . لمخالفة هذا الشرط لمقتضى النكاح وحكمه وهو اللزوم .

وحكموا أيضاً بفساد عقد البيع إذا اشترط البائع أو المشترى فيه شرطاً يخالف حكمه . كأن يشترط البائع على المشترى ألا يتصرف فى العين المبيعة بالبيع أو الهبة أو الرهن . أو إنه إذا أراد بيعها فالبائع أحق بها بنفس الثمن أو يشترط المشترى على البائع أن يحمل له السلعة إلى مكان معين . أو أن يرجع عليه بالخسارة التى تلحقه من البيع

وقالوا ببطلان عقد القرض إذا اشترط فيه المقرض على المستقرض أن يرد عليه أجود مما أخذ . كأن يقرضه أردبا من القمح البلدى على أن يرد عليه أردباً من القمح الهندى « مثلا » .

وقالوا أيضاً بفساد الرهن إذا اشترط فيه الراهن على المرتهن ألا يبيع العين المرهونة عند حلول الدين أصلا ، أو حتى يمضى شهر بعد حلوله .

أو اشترط فيه ضمان العين المرهونة عند الهلاك ، أو أن يكون المرتهن وغيره من الغرماء فى الاستيفاء من العين سواء .

لأن هذه الشروط كلها مخالفة لمقتضى عقد الرهن . ومنافية لحكمه إذ مقتضاه أن المرتهن يملك بيع العين المرهونة عند حلول الدين ، وأنه يقدم فى الاستيفاء منها على سائر الغرماء ، وأن العين فى يده أمانة لا تضمن إلا بما تضمن به الأمانات . فيكون اشتراطها مفسداً لعقد الرهن وملغياً لحكمه وقالوا كذلك ببطلان عقد الشركة إذا اشترط فيه شرط يخالف حكمه كاتفاق الشركاء على توزيع الربح أو الخسارة على وجه لا يتناسب مع ما يملكه كل منهم من رأس المال . كأن يتفقوا على أن يكون لواحد منهم الربع من الربح وهو يملك خمس رأس المال ، أو أن يكون على واحد منهم الثلث فى الخسارة وهو يملك الربع من رأس المال .

ومثل ذلك ما لو شرط أحد الشركاء أن يكون له مبلغ معين من الربح كمائة (مثلا) فإنه شرط يخالف مقتضى عقد الشركة . إذ مقتضاه الاشتراك فى الربح الناتج من التجارة . فقد لا تربح الشركة إلا هذا المقدار الذى اشترطه أحد الشركاء . فإذا أخذه عملا بموجب الشرط لم يوجد الاشتراك فى الربح الذى هو موجب عقد الشركة ومقتضاه . فاشتراطه مبطل للعقد .

وقرروا كذلك بطلان عقد القراض بكل شرط يخالف مقتضاه وحكمه كاشتراط رب المال على العامل بقاء رأس المال فى يده ، أو أن يشترك معه فى أعمال التجارة أو أن تكون يده يد ضمان لا يد أمانة .

فهذا كله مخالف لمقتضى العقد . لأن مقتضاه تسليم المال إلى العامل واستغلاله بالتجارة ، وانتفاء الضمان عنه ، إلا إذا حصل منه تعد أو تفريط فى الحفظ وهكذا سائر العقود التى اشترط فيه ما يخالف مقتضاها ويتنافى مع حكمها .

والنوع الرابع : الشرط الذى يخالف مقتضى العقد ولكنه لا يتضمن منفعة تقصد فى عرف الناس وعادتهم .

وحكم هذا النوع أنه لا أثر له فى العقد أصلا . بل يلغو وحده ، ويبقى العقد صحيحاً . وذلك لأنه لما خلا عن الفائدة فلا يترتب على إلغائه فوات الرضا بالعقد ممن اشترطه ، حتى يجب الحكم ببطلانه كما هو الحال فى صورة الشرط المفسد .

ومثلوا لهذا النوع باشتراط المرأة فى عقد النكاح أن يؤكلها الرجل طعاماً معينا أو يلبسها نوعا معينا من الثياب .

وباشتراط البائع على المشترى ، أو الراهن على المرتهن أن يطعم المبيع أو المرهون طعاماً معينا . أو أن ينتفع بالمبيع على نحو خاص ، وما أشبه ذلك من الشروط التى ليس فيها منفعة تقصد فى العرف والعادة .

هذه خلاصة أقسام الشرط وأثر كل قسم منها فى العقد عند الشافعية . أما أقسامه وآثاره عند المالكية فنذكرها فيما يلى :

مذهب المالكية

ينقسم الشرط عند المالكية إلى قسمين :

القسم الأول : الشرط الصحيح وهو : ما يكون موجبه حكما من أحكام العقد ، وأثراً من آثاره ، أو لا يكون موجبه ذلك ، ولكنه لا يخالف مقتضى العقد ، ولا ينافى حكمه . فهو نوعان :

النوع الأول : الشرط الذى يكون موجبه حكما من أحكام العقد . ومثاله اشتراط المرأة ، أو وليها فى عقد النكاح أن ينفق عليها الزوج وأن يكسوها أو أن يقسم لها .

واشتراط المشترى على البائع أن يسلمه السلعة ، أو أن يردها عليه إذا كان بها عيب ينقص قيمتها .

وكاشتراط المرتهن أن يكون له الحق فى بيع الرهن إذا عجز الراهن عن وفاء الدين الذى رهن به ، أو أن يكون مقدما على سائر الغرماء فى استيفاء حقه .

وحكم هذا النوع لزومه فى العقد، اشترط فيه أو ترك اشتراطه فالتصريح به ، وعدم التصريح به سيان .

والنوع الثانى : الشرط الذى لا ينافى مقتضى العقد وحكمه . كاشتراط تأجيل الثمن فى البيع إلى أجل معين . وكاشتراط الرهن أو الكفيل به ، أو بالمهر فى النكاح أو بالأجرة فى الإجارة .

وكاشتراط البائع الانتفاع بالمبيع مده يتسامح فيها عادة . وقد ضبطها علماء المالكية فى الدار بشهر على قول ، وبستة أشهر على قول آخر ، وفى الدابة بثلاثة أيام ، أو الوصول إلى مكان قريب .

وأثر هذا النوع فى العقد تقيده به ، والقضاء بموجبه على من التزمه إذا استثنينا اشتراط المرأة على الرجل مالها فيه منفعة مقصودة كأن لا ينقلها من بلدها ، أو من دارها ، أو لا يتزوج عليها . فإن المشهور فى المذهب — هو استحباب الوفاء بها فقط بحيث لا يقضى على الزوج بموجبها ، ولا يكون للمرأة الحق فى فسخ النكاح أو الرجوع بما أسقطته من مهرها فى العقد عند انتفائها وعدم الوفاء بها[1] .

والقسم الثانى : الشرط الفاسد وهو أيضاً نوعان :

نوع يفسد العقد ، ويبطله ، ونوع لا يفسد العقد ولا يبطله ، بل يبطل

---

(١) راجع الالتزامات للحطاب ، والقوانين الفقهية لابن جزى .

هو وحده ، ويبقى العقد صحيحاً ، يستتبع حكمه ، ويترتب عليه أثره الموضوع شرعا لإفادته .

أما النوع الأول فهو : كل شرط ينافى مقتضى العقد ، أو يخل بشرط من الشروط المعتبرة فى صحته شرعاً ، ومثاله اشتراط الرجل فى عقد النكاح ألا ينفق على المرأة ، أو ألا يقسم لها ، أو ألا ترث منه ، أو أنه بالخيار فى فسخ النكاح فى مدة معلومة ، أو أنه إن لم يأت بالمهر فى وقت كذا فلا نكاح بينهما وما أشبه ذلك .

ومثاله أيضاً اشتراط ما يؤدى إلى الجهالة والغرر فى المبيع أو الثمن أو فى العقد ، كشرط مشاورة شخص بعيد ، أو شرط الخيار إلى مدة مجهولة أو شرط تأجيل الثمن إلى أجل مجهول ، أو شرط زيادة شىء مجهول فى الثمن أو المثمن ، وكشرط البائع أن يسلفه المشترى مقداراً معيناً من ماله أو العكس ومن أمثلته كذلك اشتراط البائع على المشترى الا ينتفع بالعين المبيعة أو ألا يتصرف فيها ببيع أو هبة أو غير ذلك فإنها شروط مفسدة لعقد البيع لما فيها من المنافاة لمقتضاه وهو إطلاق الحرية للمشترى فى الانتفاع بالمبيع والتصرف فيه بما يشاء .

ومثاله فى عقد الهبة ، اشتراط الواهب على الموهوب له ألا يقبض العين الموهوبة فإنه شرط مخالف لمقتضى العقد فيفسده .

ومثاله فى القرض اشتراط المقرض على من أقرضه أن يرد عليه أحسن مما أخذ وما أشبه ذلك من كل شرط يتضمن انتفاع المقرض من عقد القرض فإنه شرط فاسد مفسد للعقد لمخالفته لقضية القرض وهى : انتفاع المقترض لا المقرض والواجب فى هذه الحالة أن يرد المقترض عين ما أخذه إن كان قائماً . ومثله أو قيمته إن كان فائتاً على المشهور فى المذهب .

ومثال هذا النوع فى عقد القراض ، اشتراط رب المال على العامل أن

يكون المال فى يده . أو أن يراجعه فى الحساب ، أو أن يجعل عليه أميناً . أو أن يكون ضامناً لمال القراض .

فهذه كلها شروط مفسدة للعقد توجب فسخه . فإن فات الفسخ بعمل العامل كان الربح كله لرب المال . ووجب للعامل أجر مثله فى بعض الصور وقراض مثله فى البعض الآخر . وتفصيل ذلك فى كتب المذهب .

ومثال ذلك فى عقد الرهن ، اشتراط الراهن على المرتهن بقاء العين المرهونة تحت يده . أو الاتباع فى الدين عند حلوله . أو إذا مضت مدة معينة خرجت من الرهن .

فهذه شروط مفسدة لعقد الرهن لمخالفتها لمقتضاه وحكمه . فلو مات الراهن أو أفلس تساوى المرتهن مع غيره من الغرماء فى الاستيفاء من المرهون وقد ذكروا من أمثلته فى الوقف اشتراط الواقف أن تكون له نظارة الوقف أو أن يقسم الريع على الذكور من أولاده دون الإناث .

هذا هو الشرط المفسد عند المالكية ، وتلك أمثلته . ومنها يتبين لنا أنهم يقولون بفساد العقود كلها بهذا النوع من الشروط . ولا يفرقون بين نوع ونوع كما فعل الحنفية إلا أنهم يحكمون فى بعض هذه الشروط بصحة العقود إذا أسقطه الشارط وتنازل عنه ، فمن ذلك ما يأتى :

١ — اشتراط السلف فى عقد البيع سواء أكان من البائع أم من المشترى فإن هذا الشرط يفسد عقد البيع لإخلاله بالثمن ، لأنه يكثر إن كان السلف من البائع ، ويقل إن كان السلف من المشترى وذلك إخلال به والإخلال بالثمن يفسد البيع والمشهور فى المذهب أن هذا الفساد يزول لو أسقط الشارط شرطه ما لم تفت السلعة بفوت من المفوتات المقررة فى المذهب فإن فاتت السلعة وجب رد السلف لصاحبه ، واستحق البائع الأقل من الثمن

ومن القيمة يوم القبض إن كان السلف من جهته ، واستحق الأكثر من الثمن ومن القيمة يوم القبض إن كان السلف من المشترى .

٢ — اشتراط البائع على المشترى ما يستلزم التضيق عليه فى السلعة التى اشتراها كأن يشترط عليه ألا يبيعها أو ألا يهبها ونحو ذلك ، فإن المشهور فى المذهب — كما قال ابن رشد فى المقدمات — أن البيع يفسخ ما دام البائع متمسكا بشرطه ، فإن ترك الشرط صح البيع ، وهذا ما لم تفت السلعة فإن فاتت وجب الأكثر من الثمن والقيمة يوم القبض .

٣ — اشتراط الواهب على الموهوب له ألا يبيع العين الموهوبة أو ألا يهبها ، فإن ذلك يبطل الهبة ، وكذلك الصدقة — على ما هو الظاهر من قول مالك فى رواية عيسى من كتاب الصدقات والهبات ولكن إذا أسقط الواهب شرطه صحت الهبة .

وهنا نتساءل عن السبب الداعى للتفرقة بين بعض الشروط وبين البعض الآخر فلا نجد فى كتب المذهب التى بين أيدينا ما يوضح لنا ذلك .

ولعل وجهتهم فى تلك التفرقة أن الفساد الذى يتضمنه الشرط بعضه أقوى من بعض فما كان الفساد فيه قوياً فلا سبيل إلى إصلاح العقد بإسقاطه ، وما كان الفساد فيه ضعيفاً كان هناك سبيل إلى تصحيح العقد بإسقاط ذلك الشرط ولكن ما هو الحد الفاصل بين الفساد القوى والضعيف ؟

هذا مالا أعلمه ، ولم أقف عليه بعد :

وأما النوع الثانى من الشرط الفاسد ، وهو الذى لا يؤثر فى العقد ببطلان ولا غيره ، فلم يذكر المالكية له ضابطاً كغيره من الأنواع الأخرى وإنما ذكروا له أمثلة فى بعض العقود . وإليك بعضها :

١ — اشتراط البائع على المشترى أنه إن لم يأت بالثمن إلى ثلاثة أيام أو نحوها فلا بيع بينهما .

فهذا الشرط فاسد عندهم . ولكنه لا أثر له فى عقد البيع . نقل ذلك ابن رشد فى مقدماته . وعليه اقتصر خليل فى مختصره .

٢ — اشتراط البائع على المشترى فى بيع الثمار ألا يكون له الحق فى المطالبة بترك جزء من الثمن إذا أصاب الثمار شىء من الآفات الزراعية فإن هذا الشرط فاسد . ولكنه لا يؤثر فى عقد البيع بشىء . بل يلغو . وحده ، ويبقى العقد صحيحاً . ذكر ذلك ابن رشد فى المقدمات والشيخ خليل فى المختصر .

٣ — اشتراط المرتهن على الراهن ألا ضمان عليه فى الأعيان التى يغاب عليها ، ويمكن إخفاؤها وكتمها كالكتب والثياب والحلى والسلاح .

فإنه شرط باطل فى نفسه ، وعقد الرهن يصح مع اشتراطه ، حتى يضمن المرتهن العين ، ويكون مقدماً فى الاستيفاء على من عداه من الدائنين . نقل ذلك اللخمى عن مالك وابن القاسم (١) .

٤ — اشتراط رب الوديعة ضمانها عند الهلاك فإنه شرط باطل وضمانها من صاحبها . صرح بذلك الشيخ خليل فى المختصر .

٥ — اشتراط الواقف عمارة الموقوف على المستحقين فى الوقف . أو ألا يبدأ من غلته بإصلاح الوقف ونفقته .

فإن ذلك شرط باطل لا يعمل به . والوقف صحيح لازم .

---

(١) الالتزامات للحطاب جـ ١ ص ٣٠٢ ، من الفتاوى للشيخ عليش »

هذا تفصيل موجز لأقسام الشرط وأثره فى العقود عند المالكية وأما أقسامه وأثره عند الحنابلة فكما يأتى :

مذهب الحنابلة

الشروط الواقعة فى العقود على ما يؤخذ من كتب المذاهب المختلفة : قسمان : القسم الأول : الشروط الصحيحة وهى أنواع :

النوع الأول : الشروط التى يقتضيها العقد . كاشتراط التقابض فى البيع واشتراط تسليم المرأة إلى الرجل فى النكاح ، وتمكينه من الاستمتاع بها . وكاشتراط رب الأرض أو الشجر على العامل فى المزارعة أو المساقاة ما فيه صلاح الزرع أو الثمر ، وزيادة نموه ، كالسقى والحرث وقطع الحشيش الذى يضره ، وإصلاح الحفر التى يجتمع فيها الماء حول الشجر والنخل .

وهذا النوع لا تأثير له فيما يشترط فيه من العقود . بل وجوده وعدم وجوده سواء . لأنه لم يزد على كونه بيانا وتوكيداً لمقتضى العقد وحكمه .

والنوع الثانى : الشروط التى لا يقتضيها العقد ولكن فيها مصلحة للعقد أو العاقد كاشتراط البائع على المشترى تقديم رهن أو كفيل بالثمن المؤجل . أو أن يحضر له شاهدين يشهدان على العقد .

وكاشتراط المشترى صفة مقصودة فى البيع . ككون الدابة حلوبا أو حاملا وما أشبه هذا .

واشتراط الزوج فى عقد النكاح أن تكون المرأة بكراً أو جميلة أو نسيبة أو خالية من العيوب التى لا توجب فسخ النكاح كالعمى والخرس والعرج ونحوها ، وحكم هذا النوع تقييد العقد بموجبه ، ولزوم الوفاء به ممن اشترط عليه وامتلاك الشارط فسخ العقد عند فوات ما شرطه .

والنوع الثالث : الشروط التى ليست من مقتضى العقد ولا من مصلحته إلا أنها لا تنافى مقتضى العقد وحكمه الذى وضع لإفادته فى جميع صوره وحكم هذا النوع ، حكم النوع الذى تقدمه وهو تقيد العقد بموجبه .

وثبوت الخيار للشارط بين فسخ العقد وإمضائه عند فوات ما شرطه فلو شرطت المرأة فى عقد النكاح ألا ينقلها الرجل من دارها أو بلدها أو ألا يتزوج عليها وما أشبه ذلك من كل شرط يتضمن منفعة للمرأة ولا يمنع المقصود من النكاح كان ذلك لازما فى العقد ، حتى لا يملك الرجل نقلها من دارها أو بلدها أو التزوج عليها . فإن خالف ما شرطه على نفسه كان للمرأة الحق فى فسخ النكاح . وذلك لما رواه الأثرم بإسناده أن رجلا تزوج امرأة ، وشرط لها دارها ثم أراد نقلها فخاصموه إلى عمر ـ رضى الله تعالى عنه ـ فقال : لها شرطها . فقال الرجل : إذا يطلقننا . فقال عمر : مقاطع الحقوق عند الشروط(١) .

ولو شرط البائع على المشترى الانتفاع بالمبيع مدة معلومة . كأن يسكن الدار سنة ، أو يركب الدابة إلى مكان معين ، أو يلبس الثوب شهراً ، لزم هذا الشرط ، ووجب على المشترى تمكين البائع من الانتفاع بالمبيع كما شرط حتى لو تلفت العين بفعل المشترى أو تفريطه قبل استيفاء المنفعة المشروطة كان ضامناً لأجرة المثل لتلك المنفعة . لأنه يكون بعمله هذا مفوتا للمنفعة على المستحق لها وهو البائع فيلزم بضمانها . كما لو فوت منفعة العين المؤجرة على من استأجرها .

وكذلك لو شرط المشترى على البائع عملا معيناً فى المبيع كأن يحصد له الزرع أو يخيط له الثوب ، أو يحمل له الطعام إلى منزله

---

(١) كشاف القناع جـ ٣ ص ٥٢ ، ٥٣ .

فإن البائع يلزمه ذلك العمل وفاء بما شرط على نفسه . فلو تعذر ذلك بهلاك السلعة أوموت البائع كان للمشترى الرجوع بأجرة المثل كما لو فسخت الإجارة لفوات محلهـــا . وكان الأجر مقبوضاً . فإنه يجب الرجوع على المؤجر بقيمة المنفعة(١) .

(والقسم الثانى) الشروط الفاسدة وهى نوعان :

نوع يفسد العقدويبطله رواية واحدة فىالمذهب . ونوع يفسده فىرواية ولا يفسده فى أخرى وهى المنصوصة عن الإمام أحمد فى باب البيع بشرط فاسد كما قال القاضى(٢) .

أما النوع الأول ، فهى الشروط التى ورد عن الشارع النهى عن العقد لأجلها أو كان فيها إلغاء المقصود من العقـــد . وهو ما وضع لإفادته فى جميع صوره .

ومثال ذلك :

ما لو شرط أحد العاقدين فى البيع على صاحبه عقداً آخر . كأن يبيع له شيئاً بشرط أن يسلفه جزءاً من ماله ، أو يزوجه ابنته أو يؤجر له داره وما أشبه ذلك . فإن ذلك يفسد البيعويبطله . لنهى الرسول ـ صلى الله عليه وسلم ـ عن صفقتين فى صفقة ، وعن « بيع وسلف » والنهى يدل على فساد المنهى عنه وبطلانه .

ومثاله أيضاً :

ما لو شرط البائع على المشترى ألا يملك العين المبيعة ، فإنه شرط فاسد

---

(١) المصدر المتقدم ج ٢ ص ٣٨ ، ٣٩

(٢) المغنى ج ٤ ص ٢٨٦ .

يفسد البيع به لما فيه من إلغاء المقصود بالبيع . ونفى موجبه الأصلى وهو الملك ، ومثل ذلك مالو شرط فى عقد النكاح أن يحلها الرجل لزوجها الأول أو أن يزوجه موليته بشرط أن يزوجه الآخر ابنته على أن يكون بضع إحداهما فى مقابل بضع الأخرى ، أو يشرط فيه ما يوجب توقيته بوقت معين . فإن ذلك كله يفسد عقد النكاح ويبطله . لما صح من نهى الرسول صلى الله عليه وسلم - عن نكاح المحلل . وعن الشغار ، والمتعة .

ومن هذا القبيل أيضاً اشتراط أحد الشركاء أن يكون له مقدار معين من الربح كعشرة أو عشرين . . مثلا . . لا فضاء هذا الشرط إلى إلغاء المقصود من العقد . وهو الاشتراك فى الربح فقد لا تربح الشركة إلا ذلك القدر المشترط . فلو اختص به الشارط لم يحصل الاشتراك المقصود من عقد الشركة .

وأما النوع الثانى : فهى الشروط التى تنافى مقتضى العقد ولا تلغى المقصود منه .

كاشتراط البائع على المشترى ألا يبيع العين التى اشتراها ، أو ألا يهبها أو ألا ينتفع بها . ونحو ذلك من كل شرط يوجب التضييق والحجر على المشترى فى العين المبيعة .

وكاشتراط رب المال على العامل فى المضاربة شرطا ليس من مقتضى العقد ولا من مصلحته . كأن يشرط عليه أن يعطيه قرضاً ، أو أن يخدمه فى شىء معين ، أو أن يلبسه ثوبه ، أو يسكنه داره ، أو أن يضمن ما فى يده من رأس المال .

فهذه الشروط وأمثالها شروط فاسدة تفسد العقد فى رواية . ولا تفسده فى رواية أخرى .

مذهب الظاهرية

تنحصر الشروط عند الظاهرية ـ على ما يؤخذ من كلام ابن حزم في المحلى ـ في قسمين :

القسم الأول : الشروط الصحيحة وهي . ما جاء النص بجوازها أو أجمع الصحابة على اعتبارها وصحتها .

وهذه يلزم الوفاء بها . والعمل بموجبها . وقد مثل لها ابن حزم في باب البيع من المحلى باشتراط الرهن فيما يباع إلى أجل مسمى . وباشتراط أداء الثمن إلى الميسرة ، وإن لم يذكر لذلك أجلا معيناً . واشتراط صفات في المبيع يتراضيان عليها ، واشتراط ألا خلابة . واشتراط المشترى ثمر النخل الذى قد أبر ثمره ، سواء أ كان ذلك قبل الطيب أم بعده .

وفى باب النكاح باشتراط وصف فى المهر كحلوله ، أو تأجيله ، وباشتراط موجب من موجباته . كاشتراط المرأة ألا يضربها الزوج فى نفسها أو مالها ونحو ذلك .

والقسم الثانى : الشروط الباطلة أو الفاسدة . وهى ما عدا ذلك من كل شرط لم يرد النص بجوازه ، ولم يصح الإجماع على اعتباره .

ومثالها فى عقد البيع ، اشتراط البائع الانتفاع بالعين المبيعة ، أو أن يكون له الخيار فى فسخ العقد أو إمضائه مدة معلومة .

وفى عقد النكاح ، اشتراط المرأة على الرجل ألا يتزوج عليها ، أو ألا ينقلها من دارها ، وما أشبه ذلك .

ومثالها فى عقد العارية أو الشركة أو القراض ، اشتراط التأجيل . وعقدها إلى مدة معينة .

وفى الوقف اشتراط الواقف تأقيت الوقف بمدة معينة أو بيعه إن احتاج إلى بيعه .

وحكم هذه الشروط هو حرمة اشتراطها وبطلان العقد بأى شرط منها سواء أكان عقد معاوضة أم عقد تبرع .

وقد علل ابن حزم ذلك البطلان بما خلاصته :

إن العقد إذا اشترط فيه شرط كانت صحته مرتبطة بذلك الشرط وكان موقوفا على تمامه ، فإن كان الشرط باطلا وجب أن يبطل ما توقف على صحته وتمامه عليه وهو العقد ، لأن المبنى على باطل فهو باطل .

هكذا علل ابن حزم فساد العقد بالشروط الباطلة فى نظرهم ، ولكن هذا التعليل - فضلا عن كونه دعاوى مجردة عما يثبتها - يبدو مخالفاً لما اعتمد عليه الظاهرية فيما قالوه من تحريم الشروط وفسادها إلا ما ورد عن الشارع جوازه بعينه منها ، وهو ما روى فى قضية بريرة وشراء السيدة عائشة لها واشتراط مواليها أن يكون الولاء لهم . حيث أبطل الرسول صلى عليه وسلم شرط الولاء ، وأجاز البيع ، مع انعقاده على هذا الشرط الباطل ، فلو كانت صحة العقد موقوفة على صحة الشرط - كما يقول ابن حزم - لبطل البيع الذى انبنى عليه .

على أن قول الرسول صلى الله عليه وسلم فى هذا الحديث « ما كان من شرط ليس فى كتاب الله فهو باطل» إنما يدل على بطلان الشروط التى ليست فى كتاب الله تعالى وحكمه ولا يدل على إبطال العقود التى تشتمل على تلك الشروط .

فكيف يسوغ لأهل الظاهر — وقد عرف عنهم التمسك بظواهر النصوص وحرفيتها — الزيادة على ما يدل عليه هذا النص بذلك المعقول الذى ذكره ابن حزم ؟

موازنة بين آراء الفقهاء

وبعد هذا العرض لمذاهب الأئمة والفقهاء - رحمهم الله تعالى - فيما يصح من الشروط ومالا يصح، وما يكون لكل من الشروط الصحيحة وغير الصحيحة من الأثر فى العقد يمكننا استخلاص الأمور الآتية :

الأمر الأول :

أن الحنفية والشافعية والمالكية، وجمهور الحنابلة يتفقون فيما بينهم على التمسك بمقتضيات العقود وأحكامها . وابطال كل شرط يخالفها إلا إذا قام الدليل المعين على صحته . ولكنهم يختلفون فى التطبيق، والحكم على أعيان الشروط اختلافا كثيرا . وهـــذا الاختلاف يرجع - فى نظرنا - إلى شيئين .

الأول : اختلاف أنظار هؤلاء الفقهاء فى مقتضيات كثير من العقود إذ يرى بعضهم أن مقتضى عقد ما كذا من الأحكام . ويرى البعض الآخر خلاف ذلك فينشأ النزاع فى الشرط صحة وفسادا تبعا لذلك . ولنضرب لهـذا مثلا :

عقد الرهن : اختلفت أنظار الفقهاء فى مقتضاه وحكمه بالنسبة لضمان العين المرهونة على المرتهن، وعدم ضمانها . فذهب بعضهم إلى أن حكمه ضمان العين المرهونة عند الهلاك مطلقا، سواء أكان الهلاك بفعل المرتهن أم بغير فعله . على تفصيل عندهم فى ذلك . وهؤلاء هم الحنفية ويوافقهم المالكية فى المرهون الذى يغاب عليه، ويمكن إخفاؤه كالحلى والثياب ونحوهما

وذهب البعض الآخر إلى أن حكمه عدم الضمان على المرتهن إلا إذا حصل منه تعد أو تفريط فى الحفظ . وهؤلاء هم الشافعية والحنابلة . ويوافقهم المالكية فيما لا يغاب عليه كالعقار ونحوه

وبناء على هذا اختلفوا فى اشتراط الراهن الضمان على المرتهن . فقال الحنفية بصحته لموافقته لمقتضى العقد عندهم . وقال الشافعية والحنابلة بفساده لمخالفته لمقتضى العقد فى نظرهم . وفصل المالكية فى ذلك فقالوا : بصحة هذا الشرط إن كان المرهون مما يغاب عليه . وبفساده إن كان مما لا يغاب عليه

والشيء الثانى : قيام الدليل على صحة الشرط المخالف لمقتضى العقد فى نظر من قال بصحته . وعدم قيامه فى نظر من قال بفساده . ولنذكر لهذا مثالين :

المثال الأول : اشتراط البائع الانتفاع بالمبيع مدة معلومة اختلف الفقهاء رحمهم الله تعالى - فى صحته فقال الحنابلة والمالكية بصحة اشتراطه ولزوم الوفاء به ، وقال الحنفية والشافعية بفساد البيع به .

وسبب هـذا الخلاف يرجع إلى أن الأولين صح عندهم الدليل الذى دل على جوازه وصحته ، وهو ماروى أن جابراً - رضى الله تعالى عنه - باع جمله من النبي - صلى الله عليه وسلم - وشرط عليه حملانه إلى المدينة .

وان الاخرين لم يتمسكوا بهذا الحديث . اما لرجحان غيره عليه كحديث « نهى النبي صلى الله عليه وسلم - عن بيع وشروط » كما قال الحنفية لأن هذا الحديث محرم - وحديث جابر مبيح والحاظر مقدم على المبيح عندهم .

وأما لتأويل فى معناه ودلالته كما فعل الشافعية حيث قالوا : ان ركوب جابر لم يكن على جهة الاشتراط فى البيع . وإنما كان على وجه التبرع به من النبي صلى الله عليه وسلم ، كما ورد ذلك فى بعض طرق هذا الحديث .

والمثال الثانى : اشتراط ما يتعارفه الناس ويجرون عليه فى معاملاتهم فقد صحح الحنفية اشتراطها . وإن كان فيها مخالفة لمقتضى العقد وحكمه . وخالفهم فى ذلك غيرهم من الشافعية والحنابلة والظاهرية

ومنشأ هذا النزاع اعتماد الحنفية العرف واعتباره دليلا على صحة الشروط وعدم اعتباره دليلا على ذلك فى نظر من خالفهم .

وهكذا إذا تتبعنا الخلاف الحاصل بين الفقهاء فى الشروط ، وجدناه لايعدو واحداً مما ذكرنا :

إما موافقة الشرط لمقتضى العقد عند من يرى جوازه وصحة . ومخالفته لذلك المقتضى عند من يرى تحريمه وفساده .

وإما قيام الدليل المعين على صحة الشرط فى نظر البعض ، وعدم قيامه فى نظر من خالفه .

الأمر الثانى :

أن الحنفية والشافعية والمالكية وجمهور الحنابلة يتفقون مع أهل الظاهر فى أنه لابد فى صحة الشرط من دليل معين يدل على تلك الصحة . ولكنهم يختلفون معهم تمام الاختلاف فى التطبيق ، ويتوسعون فى الشروط أكثر منهم .

وذلك لتضييق الظاهرية فى الأدلة التى يعتمد عليها فى إثبات الأحكام الشرعية ، وتوسع هؤلاء الفقهاء فى هذه الأدلة .

فلم يعتمد الظاهرية منها إلا ظواهر النصوص ، وإجماع الصحابة . وأهملوا ماعدا ذلك من إشارة النص ، ودلالته ، ومفهومه . وإجماع غير الصحابة من المجتهدين ، والقياس والاستحسان وغيرها من الأدلة التى اعتبرها الجمهور من الفقهاء ، واعتمدوا عليها فى إثبات الأحكام .

الأمر الثالث :

إن فقهاء الحنفية والمالكية والشافعية وأكثر الحنابلة يختلفون فيما بينهم توسعة وتضييقاً فى الشروط . وذلك تبعاً لتوسعهم فى الأدلة وتمسكهم بمقتضى العقود وعدم ذلك .

فالحنفية باعتمادهم العرف فى صحة الشروط التى لا يقتضيها العقد . قد فتحوا جزءاً كبيراً من باب الشروط أمام المتعاقدين .

والمالكية والحنابلة بتصحيحهم الشروط التى لا تظهر منافاتها لمقتضى العقد . وإن كانت لا توافق ذلك المقتضى . قد وسعوا دائرة الشروط الصحيحة نوعا ما والشافعية بتمسكهم بمقتضى العقود ، وتشددهم فى هذا ، وإبطالهم كل شرط لا يوافق ذلك المقتضى وإن كان لا يخالفه . وإفسادهم الشروط المتعارفة . قد ضيقوا باب الشروط أكثر من غيرهم . حتى إنه يمكننا القول بأن الشافعية يقتربون من الظاهرية فى هذه المسألة . وبعكس هذا الحنفية والمالكية وجمهور الحنابلة . فإنهم . بعيدون جداً من مذهب الظاهرية فيها . وبمقدار هذا البعد يقتربون من القائلين بأن الأصل صحة الشروط جميعها إلا مادل الدليل المعين على فساده منها .

فلو رسمنا دوائر تمثل مقدار هذه المذاهب فى تصحيح الشروط لكان أكبرها على العموم دائرة الحنابلة ، ثم دائرة الحنفية والمالكية ، ثم دائرة الشافعية ، ثم دائرة الظاهرية ، فهى أصغر الدوائر على الإطلاق ، وبعكس هذا دائرة الحنابلة فهى أكبرها على الإطلاق فكلتاهما على طرفى نقيض من الأخرى .

الأمر الرابع :

أن هؤلاء الفقهاء يختلفون فى حكم العقد الذى يشتمل على شرط مفسد ، أهو الفساد أو البطلان ، فيرى الحنفية أن حكمه الفساد لا البطلان ، ويرى غيرهم من الشافعية والمالكية والحنابلة والظاهرية أن حكمه البطلان .

وسبب هذا الخلاف يرجع إلى اختلاف هؤلاء الفقهاء فى حقيقة الفاسد والباطل من الأفعال الشرعية أهى واحدة أم مختلفة ؟

فالجمهور من الشافعية ومن معهم على أن حقيقتهما واحدة ، وهى : كل فعل خالف أمر الشارع وطلبه ، سواء أكانت هذه المخالفة راجعة إلى أصل الفعل وحقيقته أم إلى وصف من الأوصاف اللازمة له ، فبيع الجنين فى بطن أمه ، وبيع الحر والميتة ، والبيع بثمن مؤجل إلى وقت مجهول جهالة فاحشة كهبوب الريح ونزول المطر ، وبيع ما لا يقدر البائع على تسليمه كل ذلك باطل أو فاسد عندهم ، وإن كانت المخالفة فى بيع الجنين والحر والميتة راجعه إلى أصل الفعل وحقيقته ، لأن هذه الأشياء لا تقبل حكم العقد الذى ورد عليها وهو الملك فلا تكون محلا له ، والعقد لا يقوم إلا بالمحل الصالح له .

والمخالفة فى الصورتين الأخيرتين راجعة إلى صفة من صفاته اللازمة له وهى الجهالة الفاحشة فى الصورة الأولى والعجز عن التسليم فى الصورة الثانية .

وبناء على هذا كان حكم الباطل والفاسد عندهم واحدا وهو : عدم الانعقاد ، وعدم ترتب أى أثر من الآثار التى وضع العقد لإفادتها شرعاً .

والحنفية على أن حقيقتهما مختلفة تبعاً لذلك ، فحقيقة الباطل ما لم يكن مشروعاً بأصله ولا بوصفه ، وبعبارة أخرى ما حصل خلل فى ركنه أو فى محله كالبيع الصادر من المجنون وكبيع الحر والميتة .

فإنها عقود باطلة . لحصول الخلل فى ركن العقد وهو الصيغة فى بيع المجنون . لعدم الاعتداد بعبارته فى الشرع كما لا اعتداد بعبارة النائم والصبى قبل التمييز . ولحصول الخلل فى محل العقد فى بيع الحر والميتة . لأن كليهما لا يقبل مقتضى البيع وحكمه وهو الملك لعدم المالية والتقوم فى نظر الشرع .

وحكم هذا النوع أنه لا يترتب عليه حكم من الأحكام أصلا ، فلا يفيد البيع فى الصور المتقدمة الملك ، ولو قبض المشترى المبيع بإذن البائع . كما لا ينفذ أى تصرف من تصرفات كل من المتعاقدين فيما قبضه ، ولو كان ذلك التصرف وقفاً .

وحقيقة الفاسد ، ما كان مشروعا بأصله لا بوصفه ، وبعبارة أخرى ما لم يحصل خلل فى ركنه ومحله ، ولكن حصل خلل فى صفة من صفاته الخارجية ومثاله : البيع بثمن مؤجل إلى وقت مجهول جهالة فاحشة كهبوب الريح ، ونزول المطر ونحو ذلك ، والبيع المشتمل على الربا كبيع درهم بدرهمين مثلا فالبيع فى هذه الصور فاسد لا باطل ، إذ لا خلل فى العبارة ولا فى المحل الذى ورد عليه البيع ، وإنما الخلل فى صفة من صفاته ، وهى الجهالة الفاحشة فى الصورة الأولى ، والزيادة الخالية عن العوض فى الصورة الثانية . وذلك مفسد للعقد لا مبطل له .

وحكم هذا النوع هو الانعقاد شرعا ، ولكن لا يترتب عليه حكمه إلا إذا اتصل به القبض فى المعقود عليه بإذن مالكه صراحة أو دلالة . إلا أن هذا الملك المستفاد بالقبض يعتبر ملكا خبيثاً . فيجب على كل من المتعاقدين رد ما أخــــذه إن كان الرد ممكنا . وإلا ضمن ما قبضه بمثله إن كان مثلياً وبقيمته إن كان قيمياً .

ومن حكمه أيضاً انقلابه صحيحاً متى زال الخلل الذى كان سبباً فى فساده كاسقاط الزيادة فى الربويات فى مجلس العقد ، وتحديد أجل معين فى صورة جهالة الأجل .

ومنشأ اختلاف الفقهاء فى تباين حقيقة الباطل والفاسد وعدم تباينها اختلاف نظرهم فى أثر النهى فى الأفعال المشروعة إذا توجه إلى صفة من

صفات الفعل اللازمة له . أن يكون أثره بطلان أصل الفعل ، وإعدام مشروعيته كأثر النهى المتوجه إلى ذات الفعل وحقيقته . أم يكون أثره بطلان الوصف وفساده مع بقاء الأصل مشروعاً كما كان قبل ورود النهى ، بخلاف النهى المتوجه إلى ذات الفعل وحقيقته ؟

إلى الأول ذهب الجمهور ، وإلى الثانى ذهب الحنفية . ولكل من الفريقين أدلة على ماذهب إليه مبسوطة فى محلها من علم أصول الفقه[١] لانرى داعياً إلى ذكرها هنا .

ولكن بقى علينا أن نذكر الثمرة التى تترتب على هذا الاختلاف فى مسألتنا هذه فنقول :

ثمرة هذا الخلاف بين الفقهاء تظهر فى إمكان تصحيح العقد الذى يحتوى على شرط من الشروط المفسدة وعدم إمكان ذلك .

فالقائلون بفساد العقد لابطلانه ـ وهم الحنفية ـ يقولون بإمكان ذلك التصحيح . وطريقه عندهم حذف الشرط الفاسد ، والتنازل عنه من الشارط . لأن فساد العقد كان بسبب الخلل الذى أوجده ذلك الشرط فى صفته . فإذا أسقطه الشارط أصبح العقد خالياً من الخلل فى صفته . وقد كان خالياً من الخلل فى ركنه ومحله فيكون صحيحاً . إذا الصحيح مالم يحصل خلل فى ركنه ومحله ، ولافى صفة من صفاته الخارجة .

أما القائلون ببطلانه ـ وهم الجمهور ـ فلم يقولوا بامكان ذلك التصحيح لأن العقد متى كان باطلا فهو معدوم شرعاً . ولاتصحيح للمعدوم . ولاسبيل إلى ذلك إلا بإنشائه من جديد خالياً من الشرط الذى أوجب فساده وبطلانه . وهذا مع استثناء المالكية بالنسبة لبعض الشروط الفاسدة كشرط السلف فى عقد البيع ، فإنهم يقولون بصحة العقد إذا ترك صاحب الشرط ماشرطه

(١) انظر مسلم الثبوت جـ ١ ص ٤٠٣ ، والمستصفى الغزالى جـ ١ ص ٧٩ إلى ٩٥

مع اعترافهم بفساد العقد وبطلانه . وقد بينا ـ فيما تقدم ـ مايمكن أن يكون ملحظا لهم فى ذلك .

الأمر الخامس :

أن الحنفية يفرقون فى فساد العقود بالشروط الفاسـدة بين عقود المعاوضات المالية وبين غيرها من عقود المعاوضات غير المالية وعقود التبرعات . وأن غيرهم من الفقهاء لايرى هذه التفرقة . وقد بينا وجهة هؤلاء الأئمة فيما سبق . وقد بقى أن نذكر الراجح فى نظرنا بالنسبة لأثر الشروط الفاسدة وهو :

أن العقد إذا دخله شرط من الشروط الفاسدة أو الباطلة وهى ـ على حسب ما أخترنا ـ ماخالفت حكم الله ورسوله ، أو ألغت مقتضى العقد والمقصود منه . كان صحيحاً ، والباطل هو الشرط وحده إذا كان الشرط من النوع الأول . أما إذا كان من النوع الثانى فإن العقد يفسد به مطلقاً ، وسندنا فى ذلك ما يأتى :

أولا : قصة بريرة وشراء عائشة لها وهى تدل على ما ذهبنا إليه من وجهين :

الوجه الأول : أن الرسول ـ صلى الله عليه وسلم ـ أبطل شرط الولاء بقوله « إنما الولاء لمن أعتق » ولم يرد فى طريق من طرق الحديث العديدة أنه أبطل البيع الذى اشترط فيه ذلك الشرط . وهو دليل على أن البيع لايبطل بالشرط الفاسد . وإذا كان البيع لايبطل به كان غيره من عقود المعاوضات الأخرى كالإجارة ونحوها كذلك . لأن البيع هو الأصل فيها والأساس لجميعها وإذا لم تفسد عقود المعاوضات المالية التى مبناها على

المشاحة والمغالبة كان غيرها من عقود المعاوضات غير المالية وعقود التبرعات أولى منها بعدم الفساد .

والوجه الثانى : قول الرسول الكريم فى هذا الحديث « كل شرط ليس فى كتاب الله تعالى فهو باطل » فإنه دليل على أن الذى يبطل هو الشرط الذى يخالف حكم الله وشرعه فحسب . وأما العقد فإنه يبقى صحيحاً يترتب عليه أثره الذى وضع شرعاً لإفادته .

وثانياً : ماروى أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : من أعمر عمرى فهى له ولورثته بعد مماته ، ووجه الدلالة فى هذا :

أن الرسول أبطل بهذا النص اشتراط الواهب رجوع الموهوب إليه بعد وفاة الموهوب له . كما كان ذلك شائعاً بين الناس فى ذلك الوقت . ولم يبطل عقد الهبة التى اشترط فيها ذلك الشرط . وعقد الهبة من العقود الناقلة للملك على وجه التبرع . والتى يقصد بها المساعدة وفعل الخير . فيقاس عليها غيرها من عقود التبرعات . ويكون حكمه كحكمه ، وهو الصحة ، وبطلان الشرط الفاسد وحده .

وثالثاً : ماصح من قول الرسول صلى الله عليه وسلم « لا يغلق الرهن من من صاحبه » ووجه الدلالة فى هذا :

ان الناس كان يرهن بعضهم من بعض على أن الراهن إذا عجز عن وفاء الدين صار المرهون ملكا للمرتهن ، وانقطع حق الراهن فى استرداده ، ولو دفع الدين الذى رهن به بعد ذلك ، فقال الرسول الكريم « لا يغلق الرهن الخ» إبطالا لذلك الشرط من المرتهن ، من غير تعرض لبطلان نفس العقد الذى اشترط فيه وإذا لم يبطل عقد الرهن بالشرط الفاسد ، وهو من

عقود التوثقات كان حكم غيره من تلك العقود كالكفالة والحوالة كذلك بطريق القياس عليه .

وظاهر من هذه الأدلة أنها فى الشروط التى لاتناقض المقصود من العقد وهو ماوضع العقد شرعاً لإفادته فى جميع صوره ، كأن يقول البائع للمشترى بعت لك هذا الشىء على ألا تملكه . وكأن يقول ولى المرأة للرجل فى عقد النكاح زوجتكها على ألا تحل لك ، فإن مثل هذه الشروط تعود على أصل العقد بالإبطال والإلغاء للتنافى بين مايدل عليه ، وبين مايستفاد من الشرط ، إذ العاقد فى الأول كأنه قال : بعت ولم أبع ، وفى الثانى : زوجتك ولم أزوجك ، وهـــذا تناقض باطل ، فلا يصح إلحاقها بما دلت عليه تلك الأحاديث .

قد يقول قائل :

إن صحة العقد مع فوات ماشرط فيه يؤدى إلى لزوم العقد على العاقد وهو الشارط ـ بدون رضاه ، لأنه لم يرض بالعقد إلا بتحقق ماشرط فيه ، فإذا لغا ماشرطه وبطل فات رضاه بالعقد ، والرضا شرط فى صحة العقد ، فكيف يصح العقد مع فواته ؟

والجواب : إن الذى اعتبر الرضا وجعله شرطاً فى صحة العقد هو الذى حكم بصحته مع فوات المشروط على الشارط كما ثبت ذلك بالأدلة المتقدمة ، فالاستناد إلى حديث الرضا غير مسلم .

وكأن ذلك ـ والله أعلم ـ إنما كان لأجل معارضة الشارط لقصد الشارع جل وعلا ـ لأن الشارط باشتراطه مالا يحل شرعا فى العقد ، وتراضيه على ذلك يكون مخالفا لقصد الشارع فى تحريمه اشتراط ذلك الأمر والاتفاق على لزومه والتزامه .

وهذا الرأى الذى اخترناه هو ماذهب إليه ابن أبى ليلى فى البيع بشرط فاسد وإليه أشار الكمال بين الهمام فى فتح القدير[١] حيث قال ـ بعد أن بين فساد البيع بالشرط الفاسد عند الحنفية ـ ولو قال قائل : إن الشرط إذا كان أمرا لا يحل شرعا مثل أن يشترط ألا يقع عتقك إذا اعتقته يبطل هو دون البيع . فانه لغو لا يمكن المشروط عليه أن يفعله . فيتم البيع كأنه لم يذكر إذ كان خارجا عن طاقة من شرط عليه . أمكن . ويكون أصل هذا حديث بريرة اه

ومن المستحسن هنا أن نذكر رأى القانونيين فى الشروط الباطلة من ناحية تأثيرها أو عدم تأثيرها ومدى هذا التأثير فى العقد الذى تشترط فيه بعد أن عرفنا فيما تقدم رأيهم فيما يصح من الشروط ومالا يصح .

أثر الشرط فى القانون

قدمنا أن للشرط معانى عديدة يطلق عليهافى القانون والذى يعنينا الكلام عنه هنا الشرط بمعنى الأحكام التى يتفق عليها الطرفان فى العقد والتى تسمى ببنود العقد لأن الشرط بهـذا المعنى هو الذى يقابل الشرط المقيد فى الفقه الإسلامى .

وأثر هذا الشرط فى الالتزام أو التصرف الذى يشتمل عليه يختلف تبعاً لصحة الشرط وبطلانه فإن كان الشرط صحيحاً صار جزءا من العقد ولزم العمل بمقتضاه ، وإذا لم يف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر أن يطالب بالتنفيذ أو بفسخ العقد إذا كان العقد ملزماً للجانبين ، مع جواز المطالبة بالتعويض إن كان له مقتض

---

(١) جـ ٥ ص ٢١٤

وإن كان الشرط باطلا لمخالفته للنظام العام أو الآداب اعتبر الالتزام به غير قائم ويبقى العقد الذى تضمنه هذا الشرط صحيحاً إلا إذا تبين أن الشرط كان هو الباعث الرئيسى على التعاقد (م ١٤٣)[١]

وعلى هذا إذا اشترط الدائن استيفاء حقه ذهبا فإن هذا الشرط يكون باطلا فى المعاملات الداخلية لمخالفته للنظام العام كما يقضى بذلك القانون رقم ٤٥ لسنة ١٩٣٥ والذى لا يزال ساريا إلى اليوم ، ويترتب على بطلان هذا الشرط بطلان العقد الذى تضمنه إذا كان الشرط هو الدافع الحافز على التعاقد[٢]

ولو وهب شخص لآخر هبة واقترنت بتكليف غير مشروع على الموهوب له لم يصح هذا الشرط لمخالفته للآداب وتبطل الهبة كذلك إذا كان هذا الشرط هو الدافع إلى الهبة أما إذا لم يكن هو الدافع إليها فإنه يبطل وحده ولا تبطل الهبة ، وإذا شرط المؤجر على المستأجر ألا يكون له الحق فى رفع دعوى بسبب الإيجار طول مدته كان شرطا باطلا لمخالفته للنظام العام فلا يبطل به حق المستأجر فى رفع الدعوى ضد المؤجر فى أى وقت شاء لأى سبب يقتضى ذلك[٣] ولكن لا يترتب على بطلان الشرط بطلان عقد الإيجار لأن هذا الشرط ـ كما يبدو ـ ليس هو السبب الدافع إلى الإيجار وإذا اشترط المرتهن على الراهن أن يتملك العين المرهونة عند عجزه

(١) ونص هذه المادة كما يأتى :

« إذا كان العقد فى شق منه باطلا أو قابلا للإبطال فهذا الشق وحده هو الذى يبطل إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير هذا الشق الذى وقع باطلا أو قابلا للإبطال فيبطل العقد كله »

(٢) الوسيط جـ ١ ص ٤٢٥ ومابعدها ، ص ٥٤٨ ومابعدها

(٣) عقد الإيجار للدكتور عبد الرازق السنهورى ص ٥٣ (هامش)

عن إيفاء الدين وقع الشرط باطلا لمخالفته للنظام العام ، ولكن لا يترتب على بطلانه بطلان عقد الرهن[1] (م ١٠٥٢/١)[2]

وإذا اشترط ناقل الملكية ببيع أو هبة أو وصية على من انتقلت إليه ألا يتصرف فيها ببيع أو غيره فلا يصح هذا الشرط مالم يكن مبنياً على باعث مشروع ومقصوراً على مدة معقولة (م ٨٢٣/١)[3] وبمقارنة الأحكام التى قررها القانون فى أثر الشرط فى الالتزام الذى يوجد فيه بالأحكام التى قررها فقهاء الشريعة الإسلامية نجد أن هناك إتفاقا يكاد يكون تاماً فى أثر الشرط إذا كان صحيحاً أما إذا كان الشرط باطلا فإن القانون يختلف اختلافا كبيراً مع مذهب الحنفية والشافعية والمالكية ، ويتفق مع مذهب الحنابلة من ناحية أن الأصل العام فى الشرط الباطل يبطل وحده ويبقى العقد الذى اشتمل عليه صحيحاً تترتب عليه جميع آثاره والخلاف بينهما ينحصر فيما يستثنى من هذا الأصل فالحنابلة يستثنون الشرط الذى يترتب

---

(١) التأمينات للدكتور محمد كامل مرسى ص ٢٥٧

(٢) ونص هذه الفقرة من المادة « يقع باطلا كل اتفاق يجعل للدائن الحق عند عدم استيفاء الدين وقت حلول أجله فى أن يتملك العقار المرهون فى نظير ثمن معلوم أياً كان أو فى بيعه دون مراعاة للإجراءات التى فرضها القانون ولو كان هذا الاتفاق قد أبرم بعد الرهن .

(٣) ونص هذه المادة كما يأتى :

١ — إذا تضمن العقد أو الوصية شرطاً يقضى بمنع التصرف فى مال فلا يصح هذا الشرط ما لم يكن مبيناً على باعث مشروع ومقصوراً على مدة معقولة .

٢ — ويكون الباعث مشروعا متى كان المراد بالمنع من التصرف حماية مصلحة مشروعة للمتصرف أو للمتصرف له أو للغير .

٣ — والمدة المعقولة يجوز أن تستغرق مدى حياة المتصرف أو المتصرف له أو الغير .

على اشتراطه إلغاء المقصود من العقد فيحكمون ببطلان كل من الشرط والعقد ، والقانون يستثنى الشرط الذى يكون هو السبب الدافع إلى التعاقد ، ولكل وجهة هو موليها .

وإلى هنا ينتهى الكلام فى القسم الأول وهو قسم تقعيد القواعد فى الشروط من ناحية الصحيح منها وغير الصحيح وأثرها فى العقود والتصرفات.

ولما كانت القواعد ليست مقصودة لذاتها بل لتطبيقها واستخراج الأحكام على ضوئها رأيت — بعون الله وتوفيقه — أن أبحث بعض الشروط الشائعة فى هذا العصر فى تصرفات الناس على ضوء تلك القواعد حتى يثمر هذا البحث ثمراته العملية وليكون نموذجا لغيرها من الشروط وهو ما جعلناه موضوع القسم الثانى .

القسم الثانى

فى بعض الشروط الشائعة فى هذا العصر

من نظر فى سوق المعاملات القائمة الآن ، وتصرفات الناس وجدهم يتفننون فى شروطهم ، كل يشرط ما يراه ضماناً لسير معاملته أو محصلا لمصلحة فى نظره . فالمشترى يشرط على البائع فى عقد البيع إذا لم تسلم المبيع فى وقت كذا كان عليك مبلغ كذا . والبائع يشرط على المشترى إذا لم تتسلم السلعة فى مدة كذا يسقط حقك فيما دفعته من الثمن « العربون » .

والمؤجر يشرط على المستأجر إذا انتهت مدة الإجارة ولم تخل العين المؤجرة فأجرتها فى كل يوم كذا ، أو إذا احتجت للعين فى أى وقت وجب عليك إخلاؤها عند الطلب ، أو إذا استعملت العين المؤجرة فى غير ما استأجرتها له وجب عليك إخلاؤها .

والمرتهن يشرط على الراهن أن يكون له الحق فى الانتفاع بالعين المرهونة مدة الرهن ، أو إذا لم توف الدين فى ميعاده كانت العين ملكا لى فى نظير ذلك الدين .

إلى غير ذلك من الشروط الكثيرة العديدة التى لا تدخل تحت حصر ، ولا تقف عند حد . وهى على كثرتها يمكن للباحث فيها أن يقف على

أحكام الكثير منها فى نظر الشرعيين بمجرد النظر لسهولة تطبيق القواعد عليها أو تصريحهم بأحكامها الجزئية التى لا تتنافى مع مصالح الناس.

ولكن بعضها يظهر فيه التواء، ويحار الشرعى أمامه، إما لعدم وجدانه حكما صريحا فيه، أو لوجدانه الحكم الذى صرحوا به، ولكنه يتنافى مع مصالح الناس، بناء على خطأ فى التطبيق، أو حدوث عرف ينافيه، لذلك قصرت بحثى على طائفة من هذا النوع من الشروط أبين فيه موقف الفقهاء منها، والحكم الذى أراه يتلاءم مع حاجات الناس فى هذا العصر، وهى:

الشرط الوفائى، شرط العربون، الشرط الجزائى، شرط ترك الثمار المبيعة على أصولها إلى النضج والجذاذ، شرط ترك وزن معين للظرف الذى يحتوى على المبيع، شرط الواقف حرمان بعض أولاده من الوقف، أو تفضيل بعضهم على بعض، شرط الواقف حرمان بناته أو زوجاته إذا تزوجن، وإليك تفصيل القول فى كل:

(١) الشرط الوفائى:

الشرط الوفائى هو الذى بمقتضاه يملك البائع استرداد المبيع إذا رد الثمن إلى المشترى خلال مدة معينة، وصورته أن يبيع شخص لآخر داراً أو أرضاً بثمن معين على أن يردها إليه المشترى إذا رد إليه الثمن خلال سنتين مثلا.

وقد اشتهر البيع بهذا الشرط باسم «بيع الوفاء» عند علماء الحنفية والقانونيين وعند الحنابلة باسم «بيع الأمانة» وعند الشافعية بهذا الإسم أيضاً وببيع «العهدة» و «بيع الناس» وعند المالكية «ببيع الثنيا» ولا يعنينا هنا اختلافهم فى التسمية بعد اتفاقهم على المسمى، وإنما الذى يعنينا هو نظرهم إل هذا النوع من التعامل والأحكام التى رأوا تطبيقها عليه وها هى أقوالهم فيه:

رأى الحنفية

اختلفت كلمة علماء الحنفية فى بيع الوفاء ، وكثرت أقوالهم فيه حتى أوصلها بعض المؤلفين إلى تسعة أقوال(١) نذكر هنا أهمها وهى :

١ — قال نجم الدين النسفى : اتفق مشايخنا فى هذا الزمان (يعنى مشايخ الحنفية فى آخر القرن الخامس وأوائل القرن السادس الهجرى لأن نجم الدين النسفى توفى سنة ٥٣٧ هـ) على أنه بيع جائز مفيد لبعض أحكامه، وهو انتفاع المشترى بالمبيع دون البعض ، وهو البيع من آخر .

وحجة هؤلاء : أن شرط الوفاء تعارفه الناس وتعاملوا به لحاجتهم إليه فيكون صحيحاً لا يفسد البيع باشتراطه فيه ، وإن كان مخالفاً للقواعد ، لأن القواعد تترك بالتعامل كما فى الاستصناع(٢) .

٢ — وقال أبو شجاع الثلجى وعلى السغدى والحسن الماتريدى : إنه رهن وليس ببيع ، فيثبت له جميع أحكام الرهن ، فلا يملكه المشترى ولا ينتفع به إلا بإذن بائعه ، ولو استأجره لم تلزمه أجرته كالراهن إذا استأجر المرهون من المرتهن ، ويسقط الدين بهلاكه ، ولا يضمن ما زاد عليه ، وإذا مات الراهن كان المرتهن أحق به من سائر الغرماء .

وحجتهم فى ذلك : أن العبرة فى العقود للمعانى لا للألفاظ والمبانى ألا ترى أن الهبة بشرط العوض تكون بيعا . وأن الكفالة بشراط براءة الأصيل تكون حوالة وأمثال ذلك كثير فى الفقه .

---

(١) انظر الفتاوى البزازية ج ٤ ص ٤٠٥ وما بعدها .
(٢) تبيين الحقائق للزيلعى ج ٥ ص ١٨٤

وهذا البيع لما شرط فيه أخذ المبيع عند قضاء الثمن كان رهنا لأنه هو الذى يؤخذ عند قضاء الدين[١] .

٣ — وقال بعض مشايخ بخارى إنه كبيع المكره ، فاسد يفيد الملك عند حصول القبض ، ويكون قابلا للفسخ وإن باعه المشترى وتداولته الأيدى ، وحجة هؤلاء :

أن شرط الوفاء يخالف مقتضى العقد وحكمه ، وفيه منفعة للبائع ولم يرد الشرع بجوازه ، فيكون شرطا فاسداً يفسد البيع به . ولما كان الفساد فيه لعدم الرضا من البائع كان حكمه حكم البيع المكره عليه ، هذه هى أشهر الأقوال عند الحنفية .

رأى المالكية

لعلماء المالكية فى هذا العقد قولان :

أحدهما — وهو قول الإمام مالك فى جامع البيوع من سماع أشهب وقول ابن القاسم فى المدونة — إنه بيع فاسد ، لما فيه من شرط البائع أخذ المبيع عند رد الثمن إلى المشترى ، لأنه يجعل العقد متردداً بين السلف والبيع ، فإن البائع إذا رد الثمن إلى المشترى كان سلفا ، وإذا لم يرده كان بيعا ، وذلك غرر وجهالة يفسد بها البيع .

وثانيهما — وهو قول سحنون فى المدونة وابن الماجشون وغيره — إنه ليس ببيع ، وإنما هو سلف جر منفعة ، لأن المبتاع كأنه أسلف البائع الثمن على أن يستغل المبيع حتى يرد إليه السلف .

---

(١) تبيين الحقائق جـ ٥ ص ١٨٣

وفائدة هذا الخلاف تظهر — كما قالوا — فى غلة المبيع . فعلى القول الأول الغلة للمشترى . لأن العين فى ضمانه ، والخراج بالضمان .

وعلى القول الثانى : الغلة للبائع . لبقاء العين فى ملكه ، وضمانه ، فيلزم المشترى ردها إن استوفاها ، لأنها ثمرة السلف فيحرم عليه أخذها ومحل هذا الخلاف إنما هو فيما إذا لم يقر العاقدان بأنهما قصداً السلف بمنفعة فإن أقرا بذلك فإن المشترى يرد الغلة اتفاقاً .

قال الرجراجى : اختلف فى بيع الثنيا هل هو بيع أو رهن ؟ على قولين؟ وفائدة الخلاف فى الغلة . فمن رأى أنه بيع قال : لا يرد الغلة . وقد قال مالك فى العتبيه : الغلة للمشترى بالضمان ، فجعله بيعاً ، وأنه ضامن . والغلة له ، ومن رأى أنه رهن قال يرد الغلة ، وأنه فى ضمان البائع من كل عيب ونقص يطرأ من غير سبب المشترى . وما كان من سبب المشترى فهو ضامن له . وحكمه حكم الرهان فى سائر أحكامها فيما يغاب عليه .

وقال الحطاب فى التزاماته — بعد أن نقل هذا الفرع عن المتيطية وهو « وإن علم أن أصل الشراء كان رهناً ، وإنما عقد البيع فيه لتسقط الحيازة فيه ، وثبت ذلك بإقرارهما عند الشهود حين الصفقة أو بعدها وقبض المبتاع الملك واغتله ثم عثر على فساده فإنه يفسخ ، ويرد الأصل مع الغلة لصاحبه ويسترجع ثمنه . قلت : ومثله بل أحرى منه ما إذا علم أن قصد المتبايعين إنما هو السلف بزيادة . وتحيلا ببيع الثنيا على ذلك من غير قصد إلى البيع ، وثبت ذلك بإقرارهما حين الصفقة أو بعدها »(١) .

---

(١) الالتزامات للحطاب ج ١ ص ٢٤٢ ، ٢٤٤ من الفتاوى للشيخ عليش .

مذهب الشافعية :

جاء فى الفتاوى[١] لابن حجر الهيثمى أنه سئل عن بيع العهدة المعروف بمكة وغيرها . هل هو صحيح ؟

فقال — رحمه الله تعالى — أنه بيع صحيح ، معتد به يترتب عليه سائر أحكامه حيث خلا عن شرط فاسد . كتأقيت ، وتعليق ، وشرط ينافى مقتضاه كأن تكون الأجرة مثلا لغير المشترى ونحو ذلك . ولا عبرة بما يسبق العقد من تواطؤ على مالو وقع فى العقد لأفسده . هذا هو مذهبنا ، ولا تغتر بما قد أطاله فى ذلك بعض علماء اليمن مما يخالف ما قررناه . وينحو فى أكثره نحو غير مذهبنا » .

وظاهر من هذا الجواب أن بيع العهدة الذى كان معروفاً بمكة وغيرها إنما كان يتقدمه الاتفاق من العاقدين على شرط الوفاء . ثم يعقد العقد خالياً من ذلك الشرط . ولهذا قال فيه : إنه بيع صحيح معتد به إلخ وهو مبنى على ما هو مقرر فى مذهب الشافعية من أن الشروط السابقة على العقد أو الواقعة بعد لزومه لا اعتبار لها ولا تأثير لها فى العقد بحال . وإنما المعتبر منها ما يذكر فى صلب العقد ، أو قبل لزومه كما تقدم[٢] .

وعلى هذا لو وقع شرط الوفاء فى صلب العقد أو بعد تمامه وقبل لزومه — بأن اشترط فى مجلس العقد . أو فى مدة خيار الشرط — كان البيع باطلا لا يعتد به ولا يترتب عليه حكم من أحكامه . لاشتماله على شرط يخالف مقتضاه وحكمه كما يشير إلى هذا قول ابن حجر المتقدم « لو وقع فى العقد لأفسده » .

---

(١) جـ ٢ ص ٢٣٠ (٢) ص ٤٧ .

مذهب الحنابلة :

ذهب علماء الحنابلة إلى أن العقد بهذه الصورة باطل بأى حال . وعللوا ذلك . بأنه باب من أبواب الربا .

قال صاحب الإقناع[1] ناقلا عن ابن تيمية « وبيع الأمانة — الذى مضمونه اتفاقهما على أن البائع إذا جاءه بالثمن أعاد عليه ملك المبيع ، ينتفع به المشترى بالإجارة والسكنى ونحو ذلك — هو عقد باطل بكل حال . ومقصودهما إنما هو الربا بإعطاء الدراهم إلى أجل ، ومنفعة الدار هى الربح . والواجب فيه رد المبيع إلى البائع ، وأن يرد إلى المشترى ما قبضه لكن يحسب له منه ما قبضه المشترى من المال الذى سموه أجرة » اهـ .

هذا هو موقف الفقهاء فى المذاهب الأربعة من بيع الوفاء ، والأحكام التى طبقوها عليه . وخلاصتها .

أنه فى نظر بعضهم بيع صحيح أو فاسد ، وفى نظر البعض الآخر رهن صحيح أو باطل كذلك ومن ينظر إلى الواقع من تعامل الناس يستطيع أن يحكم على ماقرره بعض الفقهاء فى هذا النوع من التعامل من أنه بيع وإعطاؤه حكمه من غير تفصيل بين حالة وحالة .

وما قاله الآخرون من أنه رهن تثبت له جميع أحكامه من غير تفصيل كذلك بين حالة وأخرى بأنه لا ينطبق على بيع الوفاء فى جميع حالاته ، وذلك لأن بيع الوفاء قد يكون المقصود منه حقيقة البيع بشرط الوفاء ، وقد يكون المقصود منه الرهن لاالبيع ، وإذا كان الأمر كذلك كان غرضنا فى هذا المقام الكلام عن البيع بشرط الوفاء ، وبيان حكمه فى رأى الفقهاء ، كما يتفق مع قواعدهم فى الشروط التى أسلفنا بيانها ، وليس من غرضنا الكلام عن ذلك العقد الذى يقصد الناس من ورائه الوصول إلى الربا المحرم

---

(١) جـ ٣ ص ٥٨ .

شرعاً أو التحايل على التخلص من الربا المحرم قانوناً إذ لاشك فى تحريم ذلك وفساده ، نذكر أحكام هذا البيع على الوجه الذى نراه ملائماً لتلك القواعد بقطع النظر عما يذكره بعض الفقهاء مما يخالف ذلك فنقول :

علمنا من تصوير البيع بهذا الشرط —فيما سبق— أن البائع يجعل لنفسه بواسطة شرط الوفاء الحق فى أخذ المبيع ورجوعه إلى ملكه متى رد الثمن إلى المشترى فى المدة التى يتفقان عليها .

وعلى هذا لا يكون الملك المستفاد من هذا البيع مستقراً فى تلك المدة . فقد يزول إذا قدر البائع على الثمن ورغب فى رده إلى المشترى ، وقد يستمر إذا لم يقدر على الثمن أو قدر على رده ولكنه لم يرغب فى رده وهذا — بلا ريب — يخالف حكم البيع المطلق وينافى مقتضاه ، لأن مقتضاه ثبوت الملك فى كل من العوضين على وجه الاستقرار واللزوم ، بحيث لايكون للبائع سلطان على أخذ المبيع واسترداده بدون رضا المشترى ، وفوق هذا فإنه يتضمن فائدة مقصودة للشارط وهو البائع ، إذ به يتوصل إلى إرجاع ملكه الذى قد يكون راغباً فى بقائه واستمراره ، كما أنه لم يرد عن الشارع ما يدل على جوازه ، ولكن جرى العرف والتعامل به .

وعلى هذا يتضح لنا حكمه فى المذاهب المختلفة وهو :

أنه من قبيل الشرط الفاسد الذى يفسد البيع به عند كل من الشافعية والمالكية والظاهرية وبعض الحنابلة وزفر من الحنفية .

ومن قبيل الشرط الصحيح عند القائلين بالعرف من الحنفية وهو كما تقدم . مذهب الإمام أبى حنيفة وصاحبيه . كما أنه صحيح عند من يرى أن الأصل فى الشروط هو الجواز والصحة حتى يقوم الدليل على التحريم والفساد لأنا لانعلم من أدلة الشرع مايحرم على المتبايعين أن يتفقا على مثل هذا الشرط فى عقد البيع . ولم يجعل الله ولارسوله الملك المستفاد من كل بيع ملكا دائماً

لا يجوز تأقيته بزمن معين ، حتى يكون اشتراط ما ينافى هذا الدوام مخالفاً لحكم الشارع ومنافياً له ، فيحكم بفساده .

وعلى القول بصحة البيع بشرط الوفاء يجب أن يترتب عليه مقتضاه وحكمه على وفق ذلك الشرط وموجبه ، فينتقل ملك المبيع إلى المشترى ، ويحل له الانتفاع به كسائر أملاكه ، مع تخويل البائع الحق فى فسخ العقد واسترداد ملكه متى رد الثمن فى المدة التى يتفقان عليها ، فإذا مضت تلك المدة ، ولم يرده انقطع حقه فى الفسخ ، وأصبح مملوكا للمشترى ملكا تاماً لاسبيل للبائع على أخذه واسترجاعه .

موقف القانون من بيع الوفاء :

كان القانون المدنى المصرى فى أول الأمر يقسم بيع الوفاء إلى نوعين : نوع تكون فيه العين رهنا للمشترى لسداد الدين الذى على البائع ، وهذا يطبق عليه جميع الأحكام المتعلقة بالرهن ، ونوع تكون فيه العين مبيعة للمشترى مع امتلاك البائع حق استردادها وإعادتها إلى ملكه إذا رغب فى ذلك مقابل دفع الثمن والمصاريف التى يتحملها المشترى من جراء هذا العقد ، وهذا ينطبق عليه أحكام البيع الوفائى المبينة فى القانون .

وقد ترتب على هذا التقسيم أن الدائنين اتخذوا هذا البيع ستاراً لإخفاء عقد الرهن لأن سلوك هذا السبيل يوفر عليهم الإجراءات التى لابد منها فى التنفيذ بالرهن ، ويخولهم ملكية المرهون ويسمح لهم بتقاضى فوائد فاحشة لايسمح بها القانون من غير أن يعرضهم لأية خسارة إذا ما انكشفت حقيقة البيع ، وظهر أنه يخفى رهناً إذ تبقى لهم فى هذه الحالة مزايا الرهن ، وقد دعا ذلك المشرع إلى العدول عن هذا التقسيم وجعل بيع الوفاء نوعاً واحداً ، وهو الذى يكون المقصود منه نقل الملك إلى المشترى مع إعطاء البائع حق استرداد المبيع مقابل دفع الثمن والمصاريف التى تحملها المشترى

من جراء هـــذا العقد : أما النوع الآخر الذى يقصد منه العاقدان الرهن لا البيع فقد نص على إبطاله إبطالا تاماً[١] فلا يصح باعتباره رهناً كما كان الحال قبل ذلك ولا باعتباره بيعاً ، حتى يمتنع الدائنون عن وصف عقود الرهن بصفة عقد بيع الوفاء لما يترتب على هذا العمل من النتائج الخطيرة وهى إبطال العقد إبطالا تاما ، فيفقدون مزايا كل من الرهن وبيع الوفاء ، ولايكون لهم إلاحق شخصى قبل مدينيهم يجعلهم من الدائنين العاديين إلا أن ذلك لم يثن الدائنين عن استخدام بيع الوفاء ستاراً لإخفاء الرهن اعتماداً منهم على شدة احتياطهم فى ستر الحقيقة وإخفائها فجاء القانون المدنى الجديد وقرر بطلان البيع الوفائى فى جميع الأحوال فنص فى المادة (٤٦٥) منه على أنه « إذا احتفظ البائع عند البيع بحق استرداد المبيع خلال مدة معينة وقع البيع باطلا[٢] » .

والقانون بانتهائه إلى هذه النتيجة فى بيع الوفاء لامطعن عليه فى ذلك لأنه مادام قد أباح القرض فى مقابل فائدة محددة لم يعد الناس بحاجه إلى هذا النوع من التصرف بل يكون هذا التحريم وسيله للمحافظة على النصوص الخاصة بالفائدة وسداً للطريق على الذين يريدون التخلص من قيوده فى هذه الناحية ، وذلك بالحصول على فوائد أكثر من الفوائد التى يحددها لهم القانون تحت ستار بيع الوفاء .

---

(١) فقد جاء فى المادة (٣٣٩) من القانون رقم ٤٩/٥٠ لسنة ١٩٢٣ مايأتى : « إذا كان الشرط الوفائى مقصوداً به إخفاء رهن عقارى فإن العقد يعتبر باطلا لا أثر له سواء بصفته بيعاً أو رهناً » .

(٢) عقد البيع للدكتور محمد على إمام والدكتور سليمان مرقس ص ٧٠،٧٢، ٧٣ ، وشرح البيع للدكتور أحمد نجيب الهلالى ج ١ ص ٥٠٣ - ٥٤٧ وشرح البيع للمرحوم حلمى عيسى ص ٦١٣ - ٦٥٣

أما فقهاء الشريعة الذين لايجيزون الفائدة فى القرض ويحرمون الربا مهما كان قليلا فإنهم فى حاجة إلى إجازة هذا البيع توسعة على الناس ودفعاً لحاجتهم وإبعاداً لهم عن الاقتراض بالربا ، وهذا هو ماصرح به من رأى إجازته من الفقهاء ، يقول ابن نجيم فى الأشباه والنظائر « إن بيع الوفاء صحيح لحاجة الناس إليه فـــراراً من الربا . . . وماضاق على الناس أمر إلا اتسع حكمه (١)

١ — شروط العربون (٢) :

من البياعات الشائعة بين الناس أن يبتاعوا الشىء بثمن معين ويدفع المشترى إلى البائع مبلغا من المال وقت العقد على أنه أن أمضى العقد احتسب من الثمن وإن لم يمض العقد لم يكن له الحق فى استرداد مادفعه .

ويسمى هـذا النوع من البيوع « ببيـع العربون » وهو الذى تعرض له الفقهاء وبينوا حكمه وهناك صورة أخرى لبيع العربون يذكرها القانونيون فى كتبهم وهى أن يدفع أحد المتعاقدين للآخر مبلغا من المـال وقت العقد على أن يكون لكل منهما حق العدول عن العقد ، فإذا عدل من دفع العربون فقد حقه فى العربون وإذا عدل من قبضه كان عليه أن يرده مضاعفا إلى من دفعه وإذا لم يعدل أحدهما عن العقد كان العربون ملكا لمن دفعه ، ووجب

(١) الأشباه والنظائر ص ٤١ طبع المطبعة الحسينية المصرية .

(٢) العربون هو بفتح العين والراء ويجوز فيه ضم العين وسكون الراء ويقال : عربان بالفتح والضم وفى النهاية لابن الأثير — عند كلامه على حديث « نهى عن بيع العربان » ج ٣ ص ٨٧ مايأتى « يقال أعرب فى كذا وعرب وعربن وهو عربان وعربون وعربون قيل سمى بذلك لأن فيه اعرابا لعقد البيع أى إصلاحا وإزالة فساد لئلا يملكه غيره باشترائه ا هـ .

رده لدافعه إن كان هو البائع واحتسابه من الثمن إن كان الدافع له هو المشترى ، ويسمى هذا العربون عندهم بعربون العدول أما العربون فى الصورة الأولى التى تعرض الفقهاء لها فيسمى بعربون الاثبات لدلالته على أن المتعاقدين قد وصلا إلى الاتفاق على العقد وابرامه (١) .

وحكم البيع المشتمل على العربون بنوعيه عندهم هو الجواز والمشروعية كما تدل على ذلك الفقرة الأولى من المادة ١٠٣ من القانون المدنى الجديد ونصها « دفع العربون وقت إبرام العقد يفيد أن لكل من المتعاقدين الحق فى العدول عنه إلا إذا قضى الاتفاق بغير ذلك » .

أما الفقهاء فانهم يختلفون فى بيع العربون المعروف فى زمانهم ، فيرى الجمهور من الحنفية والمالكية والشافعية منعه وعدم مشروعيته (٢) ، ويرى الحنابله جوازه ومشروعيته (٣) .

وحجة الجمهور فيما ذهبوا إليه :

أولا : مارواه مالك بن أنس عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال « نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع العربان » وقد فسر مالك بيع العربان فقال « وهو فيما نرى - والله أعلم - أن يشترى الرجل العبد أو الأمة أو يتكارى الدابة ثم يقول للذى اشترى منه أو تكارى منه أعطيك ديناراً أو درهما أو أكثر من ذلك أو أقل على أنى ان أخذت السلعة أو ركبت ما تكاريت منك فالذى أعطيتك هو من ثمن السلعة أو من كراء

---

(١) عقد البيع للدكتورين محمد على إمام وسليمان مرقس ص ٥٩ والنظرية العامة للالتزام للدكتور عبد الحى حجازى جـ ٢ ص ٧٧ - ٨٠

(٢) المجموع شرح المذهب للنووى جـ ٩ ص ٣٣٥

(٣) الشرح الكبير فى الفقه الحنبلى جـ ٤ ص ٦٧

الدابة وإن تركت ابتياع السلعة أو كراء الدابة فما أعطيتك لك، باطل بغير شيء[1] وهو ظاهر الدلالة على المطلوب .

وثانيا : أن بيع العربون يشبه البيع الذى يشترط فيه البائع على المشترى أن يدفع مبلغا من المال لشخص أجنبي عن العقد من جهة أن كلا منهما يشتمل على دفع مبلغ من المال بدون عوض والبيع الذى يشترط فيه على المشترى دفع مبلغ للأجنبي بيع فاسد فكذلك البيع الذى يشترط فيه دفع مبلغ للبائع بالقياس عليه .

وحجة الحنابلة : فى ذلك : ماروى أن نافع بن الحارث عامل عمر بن الخطاب على مكة اشترى لعمر من صفوان بن أمية دار السجن بأربعة آلاف درهم . واشترط عليه نافع أن رضى عمر فالبيع له . وإن لم يرض فلصفوان أربعمائة درهم »[2] فإن نافعا اشترى بشرط العربون . ورفع الأمر إلى عمر ولم ينكر عليه شراءه هذا فدل ذلك على جوازه وعلى فرض أنه لم يرفع إليه أمر هذا الشرط وإنما رفع إليه البيع مجردا عنه . فإن أقدام نافع عليه ورضا صفوان به وعدم الإنكار عليهما من أحد دليل على جوازه وصحته وما ذهب إليه الحنابلة فى هذا البيع هو الراجح فى نظرنا . لأن الحديث الذى اعتمد عليه الجمهور لايصح الاستدلال به على إثبات الأحكام الشرعية وذلك لتضعيف الإمام أحمد له . وهو ممن يعتمد على قوله فى هذا الشأن وقال فيه

---

(١) المنتقى للباجى شرح موطأ الإمام مالك ج ٤ ص ١٥٧

(٢) الشرح الكبير فى فقه الحنابلة ج ٤ ص ٦٧ والمجموع للنووى ج ٩ ص ٣٣٥ .

البيهقي - بعد أن رواه وطعن في رواته - أنه حديث ضعيف[١] . ولأن قياس بيع العربون على البيع الذي شرط فيه على المشتري دفع مبلغ لشخص أجنبي عن العقد قياس غير صحيح وذلك للفرق الواضح بينهما لأن الثاني فيه دفع مال بدون عوض مع انتفاء الفائدة التي تعود على الشارط من ذلك أما الأول فإن الفائدة فيه متحققة للشارط وهو البائع . لأنه بهذا الشرط يضمن تنفيذ العقد وتمامه كما يدفع به الضرر الذي قد يترتب على عدم تنفيذه . هذا من ناحية ومن ناحية أخرى فإن الحاجة ماسة إلى تصحيح مثل هذا الشرط للمحافظة على سلامة العقود من التلاعب فيها خصوصا في هذا الزمن الذي كثر فيه التلاعب والنكث في العقود فمنعا لهذا التلاعب ومحافظة على تنفيذ العقد بقدر الإمكان يجب أن يحاط العقد بمثل هذا الضمان .

هذا ما يتعلق ببيع العربون المعروف عند الفقهاء ، أما الصورة الأخرى التي تعرض لها القانونيون وجعلوها نوعا منه . فإنه يمكن أن نعرف رأيهم فيها على ضوء ما قالوه في الصورة الأولى وهو أن الجمهور الذين منعوا صحة البيع في الصورة الأولى يمنعون البيع في هذه الصورة أيضا لأنها لا تخرج عن بيع العربان الذي صح النهي عنه في نظرهم أما الحنابلة فإنهم يجيزون البيع في هذه الصورة أيضا لعدم الفارق بينها وبين الصورة الأولى من جهة أن في شرط العربون تحقيقا لمصلحة المتعاقدين وهي التروي قبل الإقدام على تنفيذ العقد حتى يأمنان بذلك من الضرر الذي قد يلحقهما من البيع على وجه اللزوم .

---

(١) السنن والإيثار للبيهقي جـ ٥ ص ٣٤٢ - ٣٤٣ طبع حيدر أباد والمجموع للنووي جـ ٩ ص ٣٣٥ .

الشرط الجزائي

الشرط الجزائي - كما يؤخذ من كتب القانون[١] - هو اتفاق المتعاقدين مقدما على مقدار التعويض الذى يستحقه الدائن إذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه أو تأخر فى التنفيذ .

وتطبيقات هذا الشرط متعددة فى الحياة العملية فمن ذلك أن تعريفة مصلحة السكك الحديدية ومصلحة البريد وشركات النقل تحدد مبلغا من المال تدفعه المصلحة أو الشركة فى حالة ضياع طرد عهد إليها نقله أو فقد خطاب موصى عليه .

ومع ذلك أيضاً ما ينص عليه عادة فى عقود المقاولات من إلزام المقاول أو المتعهد بدفع مبلغ معين من المال عن كل يوم أو شهر يتأخر فيه عن تنفيذ العمل الذى تعهد به كما أنه كثيراً ما ينص فى عقود البيع أو الإجارة على إلزام البائع أو المستأجر بدفع مبلغ معين عن كل يوم أو شهر يتأخر فيه عن تنفيذ التزامه بتسلم المبيع أو بإخلاء العين المؤجرة عند انتهاء مدة الإجارة ، وعلى الجملة لا تكاد نرى عقداً يبرم الآن خالياً من هذا الشرط لما يرى الناس فيه من الفائده التى يحققها لهم من ضمان تنفيذ العقد وعدم الإخلال بموجبه وارتفاع النزاع فيما بعد فى تقدير الضرر الناشىء من عدم

---

(١) الالتزامات للمرحوم الأستاذ عبد السلام ذهنى والنظرية العامة للالتزام للدكتور عبد الرازق السنهورى ص٤٤٢ - ٤٤٩ . النظرية العامة للالتزام للدكتور الأستاذ عبد الحى عبد المجيد حجازى . وأحكام الالتزام للدكتور حسين النووى وأحكام الالتزم للدكتور إسماعيل غانم .

الوفا. أو التأخير فيه ، وقد نص رجال القانون على أن هذا الشرط صحيح يجب الوفاء به ولهم فى ذلك تفصيلات وشروط مذكورة فى كتبهم[١] .

أما الفقهاء ، فقد تكلموا على التعويض فى مقابلة الضرر ، ولكنهم قصروه على الضرر المادى الناشيء من هلاك الأعيان المملوكة كلها أو بعضها ولم نجد لهم كلاماً فى الضرر المترتب على عدم الوفاء بموجب العقد أو التأخير فيه كفوات ربح أو لحوق خسارة الذى هو موضـــوع الشرط الجزائى فى الغالب إلا ما وجدناه للمالكية .

قال الشيخ الحطاب فى التزاماته[٢] - بعد أن نقل ما ذكره ابن رشد عن ابن نافع فيمن باع سلعة من رجل وقال: إن خاصمتك فيها فهى صدقة عليك فخاصمه فيها . إن الصدقة تلزمه - « ومثل مسألة ابن نافع هذه ما يكتب الآن فى مستندات البيع . إن البائع التزم للمشترى متى قام وادعى فى الشيء المبيع أو خاصم كان عليه للمشترى أو للفقراء كذا وكذا فلا يحكم عليه بذلك على المشهور ، ويحكم به على قول ابن نافع ، ثم قال بعد صحيفة : وإما إذا التزم

(١) وخلاصة ما قالوه فى ذلك أنه لابد فى نفاذ الشرط الجزائى من تحقق ركنه وشرطه أما ركنه فأمران : الأول : التقصير من الملتزم فإن وجد مانع من الوفاء لا قدرة له على دفعه زالت مسئوليته وأعفى من الشرط ، الثانى : وجود الضرر فلا قيمة للشرط الجزائى إلا عند حصول الضرر للمتعهد له وأما شرطه فهو إثبات التأخير من المدين بأن ينذر الدائن مدينه بوجوب الوفاء إنذاراً رسميا إلا إذا حصل منهما اتفاق على غير ذلك . وأجازوا للقاضى أن يعدل فى مقدار التعويض المتفق عليه بالزيادة إذا كان المقدار المتفق عليه تافها لايتفق مع الضرر الذى لحق المدين ، أو بالنقصان إذا كان المقدار المتفق عليه مبالغا فيه — راجع الالتزامات المرحوم الدكتور عبد السلام ذهنى ونظرية العقد للأستاذ الدكتور عبد الرازق السنهورى والنظرية العامة للالتزام للدكتور عبد الحى حجازى .

(٢) الفتاوى للشيخ عليش ج ١ ص ٢٦٢ .

المدعى عليه أنه إن لم يفه حقه فى وقت كذا فله عليه كذا وكذا فهو لا يختلف فى بطلانه لأنه صريح الربا وسواء كان الشىء الملتزم من جنس الدين أو غيره وسواء كان شيئاً معيناً أو منفعة وقد رأيت مستنداً بهذه الصفة وحكم به بعض قضاة المالكيه الفضلاء بموجب الالتزام ، وما أظن ذلك إلا غفلة منه . وأما إذا التزم أنه لم يوف حقه فى وقت كذا فعليه كذا وكذا لفلان أو صدقة للمساكين ، فهذا محل الخلاف . فالمشهور أنه لا يقضى به كما تقدم . وقال ابن دينار يقضى به » .

وقد قرر قبل ذلك أن الالتزام فى ذاته صحيح يجب الوفاء به وان الخلاف إنما هو فى القضاء به فقط . فالمشهور به عدم القضاء ، وغير المشهور لزوم القضاء به[1] .

ومن هذا يؤخذ أن المالكية يصححون مثل هذا الالتزام « الشرط الجزائى » إلا إذا كان مفضياً إلى الربا ، وهو يوافق ماذهب إليه شريح القاضى . فقد روى البخارى فى صحيحه[2] عن محمد بن سيرن قال (قال رجل لكريه . أدخل ركابك فإن لم أرحل معك يوم كذا وكذا فلك مائة درهم فلم يخرج فقال شريح : من شرط على نفسه طائعاً غيره مكره فهو عليه ، وهو صريح فى تجويز الشرط الجزائى ولزومه .

وإذا أردنا أن نتعرف رأى غيرهم فى هذا الشرط — مع عدم نصهم على حكم صريح فيه — على ضوء ما قرروه فى الأصل فى الشروط الذى تقدم بيانه . نقول :

---

(١) المرجع السابق ص ٢٥٠ .

(٢) صحيح البخارى مع شرح العينى ج ١٤ ص ٢١ .

أن هذا الشرط صحيح على رأى القائلين بأن الأصل فى الشروط الجواز والصحة إلا إذا قام الدليل المعين على المنع والفساد . لأنه لا يوجد فى الشريعة — فيما نعلم — ما يدل على منعه وفساده .

أما على رأى القائلين بأن الأصل فى الشرط هو المنع والفساد إلا إذا دل دليل معين على الجواز والصحة فإن هذا الشرط لا يكون صحيحاً . إذ لم يقم الدليل الشرعى المعين على جوازه وصحته إلا على رأى الحنفية القائلين باعتبار العرف وجعله دليلا فى تصحيح الشروط المخالفة لمقتضى العقد . وذلك لجريان العرف به الآن وشيوعه بين الناس فى معاملاتهم التى أصبحت لا تستقيم إلا به ، وكذلك على رأى الحنابلة الذين أجازوا شرط العربون بناء على قيام الدليل الشرعى على جوازه على ما سبق بيانه فى الكلام عليه . وذلك للتشابه بين شرط العربون الذى صرحوا بجوازه وبين الشرط الجزائى الذى لم يصرحوا بحكمه فكلاهما يتضمن التزام أحد المتعاقدين بدفع مبلغ من المال عند عدم التنفيذ أو التأخير فيه جزاء على تقصيره . وكلاهما يقصد منه سلامة العقود من التلاعب بها وحث المتعاقد على التنفيذ ، وذلك بتخويفه من مغبة عدم التنفيذ ، لأن هذا يعرضه لخسارة العربون الذى دفعه وقت العقد ، ودفع المبلغ المتفق عليه فى الشرط الجزائى .

وعلى هذا يكون الشرط الجزائى مشروعا فى رأى الجمهور من الفقهاء ، وهذا فى رأينا هو الذى يتفق وروح الشريعة ومقاصدها العامة التى رفعت عن الناس الضرر والضرار وأوجبت عليهم الوفاء بالعقود وما يشترطونه فيها من شروط . قال تعالى : (يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود) وقال جل ثنائه : (وأوفوا بالعهد إن العهد كان مسئولا) وقال الرسول صلى الله عليه وسلم (المسلمون عند شروطهم) ، وقال أيضاً : (لا ضرر ولا ضرار) .

وإذا كان الشارع الحكيم قد شرع الحبس جزاء على عدم الوفاء بالالتزام زجراً للمتلاعبين بالعقود وضماناً لمصالح الناس، فهلا يقال يكون هذا التحريم وسيلة للمحافظة على النصوص الخاصة بالفائدة وسداً للطريق على الذين يريدون التخلص من قيوده فى هذه الناحية . وذلك بالحصول على فوائد أكثر من الفوائد التى يحددها لهم القانون تحت ستار بيع الوفاء.

أما فقهاء الشريعة الذين لا يجيزون الفائدة فى القرض ويحرمون الربا مهما كان قليلا فإنهم فى حاجة إلى إجازة هذا البيع توسعه على الناس ودفعاً لحاجتهم، وإبعاداً لهم عن الاقتراض بالربا، وهذا هو ما صرح به من رأى أجازته من الفقهاء . يقول ابن نجيم فى الاشباه والنظائر (أن بيع الوفاء صحيح . لحاجة الناس إليه فراراً من الربا . . . وما ضاق على الناس أمر إلا اتسع حكمه (١) » .

٤ — بيع الثمار على الأشجار بشرط تركها إلى الجذاذ :

مما كثر بين الناس ابتياعهم الثمار على شجرها كالتفاح والعنب والرمان والبرتقال وغيرها على أن يتركها المشترى على أصولها إلى أن يتم نضجها ويحين جذاذها . وقد أصبح البيع على هذا الوجه شائعاً بين تجار الفواكه وأرباب البساتين حتى أنهم يتركون التصريح بشرط الترك اعتماداً على جريان العرف به .

وقد تعرض الفقهاء لهذا النوع من التعامل وذكروا له صوراً كثيرة . منها ما أجازوا البيع فيه بالاتفاق كما إذا بيعت الثمار بعد ظهور صلاحها وأمن العاهة عليها بشرط القطع فى الحال . ومنها : ما أبطلوا البيع فيه بالاتفاق أيضا . كما لو بيعت قبل ظهور صلاحها بشرط بقائها على الشجر . ومنها ما اختلفوا فى جوازه . كما لو بيعت الثمار بعد ظهور صلاحها على أن

---

(١) الاشباه والنظائر ص ٤١ طبع المطبعة الحسينية المصرية .

يتركها المشترى إلى أن يتم نضجها أو ينتهى من تصريفها فى الأسواق وهذه هى محل بحثنا . وإليك آراء الفقهاء فيها :

ذهب المالكية والشافعية والحنابلة إلى القول بصحة البيع والشرط مطلقاً سواء أكان ذلك بعد تناهى الثمار وتمام النضج أم قبله[١] .

وذهب أبو حنيفة وأبو يوسف إلى القول بفساد البيع والشرط مطلقاً .

وذهب محمد بن الحسن إلى صحة البيع والشرط إن كان بعد التناهى وتمام النضج وإلى فساده إن كان قبل ذلك[٢] .

وقد احتج القائلون بصحة البيع مطلقا بما يأتى :

أولا : — ما رواه الإمام أحمد ومسلم والنسائى وابن ماجه عن أبى هريرة قال . قال رسول الله صلى الله عليه وسلم (لا تتبايعوا الثمار حتى يبدو صلاحها)[٣] فقد نهى النبى صلى الله عليه وسلم فى هذا النص عن بيع الثمار قبل أن يظهر صلاحها . فيكون البيع بعده صحيحاً بناءعلى ماهو مقرر فى أصول الفقه من أن حكم ما بعد الغاية يخالف حكم ما قبلها .

وثانياً — بأن ترك الثمار إلى الجذاذ مما يقتضيه البيع فيكون اشتراطه اشتراطا لما هو من مقتضى العقد فيكون صحيحاً . والدليل على ذلك جعل

---

(١) راجع بداية المجتهد لابن رشد ج ٢ ص ١٢١ - ١٢٤ طبع شركة المطبوعات العربية وسبل السلام ج ٣ ص ٦٥ - ٦٦ ونيل الأوطار ج٥ ص١٤٧ - ١٤٨ .

(٢) راجع بدائع الصنائع ج ٥ص ١٧٣ والدر المختار مع حاشية ابن عابدين ج ٤ ص ٣٩ - ٤١ وشرح المجله لمحمد خالد الأتاسى ج ٢ ص ٩٤ - ٩٦ :

(٣) المنتقى مع شرح نيل الأوطار ج ٥ ص ١٤٧ .

الشارع النهى فيه مغيا بظهور الصلاح وأمن العاهة ، إذ لو كان القطع من مقتضى هذا العقد لما كان هناك داع إلى المنع من البيع قبل ذلك، لأن بالقطع فى الحال لا يخاف عليه العاهة حتى ينهى عنه قبل أمانها .

واحتج أبو حنيفة وأبو يوسف : بأن شرط الترك شرط لا يقتضيه البيع لما فيه من شغل ملك البائع وفيه منفعة للمشترى وهى نمو الثمار ونضجها أو صيانتها من التلف والفساد فيكون شرطا فاسداً يفسد البيع به قياساً على ما لو شرط المشترى ترك الطعام فى دار البائع مدة معلومة .

واحتج محمد : على فساد البيع قبل التناهى بما احتج به الإمام أبو حنيفة وأبو يوسف واحتج على صحته بعد التناهى بتعارف الناس البيع بشرط الترك فى هذه الحالة ، والتعارف حجة فى صحة الشرط الذى لا يقتضيه العقد ولا يلائمه .

ونحن إذا نظرنا إلى تفرقة الإمام محمد وجدنا مناط هذه التفرقة هو جريان التعامل فى إحدى الصورتين دون الأخرى . وعلى هذا لو جرى التعامل فى زمنه فى الصورة الأخرى لقال بجوازها .

والآن وقد جرى التعامل فى هذه الصورة فلا وجه لبقاء الحكم فيها بالفساد على رأيه بل لا وجه لبقائه أيضاً فى رأى الشيخين ـ أبى حنيفة وأبى يوسف ـ فى الصورتين . بعد أن عرفنا أن العرف عندهم دليل على جواز الشرط الذى لا يقتضيه العقد ولا يلائمه وبهذا يلتقى مذهب الحنفية مذهب الحنفية مع مذهب الجمهور من الفقهاء ويصبح البيع بهذا الشرط جائزاً لا شىء فيه فى نظرهم جميعا .

وهذا الرأى هو الملائم لروح الشريعة ومقاصدها العامة لحاجة الناس إلى البيع على هذا الوجه . وتغلغل هذه العادة فى نفوسهم . فلو ألزمناهم البيع

بشرط القطع لو قعوا فى الحرج والضيق وهو مما تأباه الحنيفية السمحة .

٥ — بيع الموزونات على أن يكون للوعاء مقدار معين من الوزن :

كثيراً ما نرى الناس يتبايعون السلع التى توزن فى ظروف كالعسل والزيت والسمن والقطن على أن يكون للظروف مقدار معلوم من الوزن قد يزيد هذا المقدار عن الوزن الحقيقى للظرف وقد ينقص . وصار البيع بهذا الوصف شائعا ومستفيضا بين الناس حتى أصبح لأكثر السلع مقدار معلوم بينهم بحسب من وزنها نظير الوعاء الذى يحتوى عليها ولو لم يجر له ذكر بين المتعاقدين عند البيع أو قبله .

وقد اختلف الفقهاء فى حكم هذا البيع فذهب بعضهم إلى فساده وبطلانه وذهب آخرون إلى جوازه وصحته .

وعلى القول الأول : الحنفية والشافعية والحنابلة وعلى الثانى المالكية وإليك أقوال فقهاء هذه المذاهب فى ذلك :

الحنفية : جاء فى فتح القدير نقلا عن الجامع الصغير للامام محمد بن الحسن مانصه (محمد عن يعقوب عن أبى حنيفة فى رجل اشترى من رجل هذا الزيت وهو ألف رطل على أن يزنه بظرفه فيطرح عنه مكان كل ظرف خمسين رطلا . قال : هذا فاسد وإن كان قال : على أن تطرح عنى وزن الظرف فهو جائز . لأنه شرط يقتضيه العقد . وهو شرط أن يتعرف قدر المبيع من غيره ليخص بالثمن بخلاف قوله : على أن تزنه فتطرح عنه لكل ظرف عشرة أرطال أو خمسين فإن البيع حينئذ فاسد لأنه شرط لايقتضيه العقد وفيه نفع لأحد العاقدين لأن زنة الظرف قد تكون أقل من خمسين فيكون البيع بشرط ترك بعض المبيع وهو نفع للمشترى وقد تكون أكثر فيكون البيع بشرط إعطاء ثمن لافى مقابلة مبيع . وفيه نفع للبائع[1].

(١) فتح القدير ج ٥ ص ٢١٢ .

الشافعية : قال النووى فى المجموع : (إذا اشترى سمنا أو غيره من المائعات وغيرها كل رطل بدرهم على أن يوزن بظرفه ويسقط أرطالا معينة بسبب الظرف ولا يوزن الظرف فالبيع باطل بلاخلاف . لأنه غرر ظاهر. وهذا من المنكرات المحرمة التى تقع فى كثير من الأسواق)[١].

ونقل ابن حجر فى فتاويه أن الإمام البلقينى سئل عن بيع ما يوزن كل قنطار منه بوزن معلوم على أن يطرح أرطالا معلومة بسبب الظرف ونحوه وقد يزيد وقد ينقص عن القدر المطروح فأجاب بأن البيع فى هذه الحالة لا يصح[٢].

وكلام الحنابلة فيه يشبه كلام الشافعية كما يؤخذ من المغنى لابن قدامه[٣].

المالكية : جاء فى الفتاوى للمرحوم الشيخ عليش نقـــلا عن نوازل البرزلى أن عز الدين سئل عن بيع سلعة بظروفها فتوزن السلعة مع الظرف ثم يسقط للظرف وزنا يتراضى عليه البائع والمشترى إلا أنه يعرف أن وزن الظرف دون ذلك القدر وكان البائع يسامح المشترى فى الزائد فهل يصح هذا البيع ؟ فأجاب : بأن شراء مافى الظرف إذا رآه المتعاقدان أو رأيا أنموذجه وكان الظرف متناسب الأجزاء فى الرقة أو الثخانة . جائز . وأن لم يشترط المسامحة بين الوزنين بل يقع بحكم البيع فلا بأس به واجتنابه أولى[٤].

---

(١) المجموع جـ ٩ ص ٣٢١ .

(٢) الفتاوى جـ ٢ ص ٢٣١ .

(٣) المغنى جـ ٤ ص ٢٣٢ .

(٤) الفتاوى جـ ٢ ص ١٠٦ .

هذه هى أقوال الفقهاء فى البيع بهذا الشرط وأدلتهم التى اعتمدوا عليها فيما قالوه أثبتناها كما هى . حيث أنها موضحة لهذا الموضوع ومبينة له أتم بيان وليس لنا أية ملاحظة على ماقالوه لموافقته لما قدمنا من قواعد هؤلاء الفقهاء فى الشروط عدا ماهو منقول عن علماء الحنفية . فإنا نرى أن بقاء الحكم هكذا ينافى تلك القواعد فقد قدمنا أن أئمة الحنفية ماعدا زفر . يرون صحة الشروط التى تخالف مقتضى العقد إذا تعارفها الناس وجـــروا عليها فى معاملاتهم .

ولا ريب فى تعارف الناس الآن البيع بهذا الشرط فى عامة البلدان واستفاضة ذلك بينهم فيلزم أن يكون صحيحا فى المذهب على رأى الإمام وصاحبيه .

قد يقال : كيف يسوغ القول بصحة البيع بهذا الشرط فى المذهب وقد صرح أصحابه بفساده . وأثبتته الكتب المعتمدة فى المذهب ، ولم يصرح أحد من الفقهاء السابقين بصحته وجوازه .

والجواب : أن نقل الحكم فى المذهب وعدم التصريح بخلافه لا يكون مانعا من العدول عنه إذا أصبح ذلك الحكم مخالفاً للقواعد المنقولة عن أصحاب المذهب والحكم المعدول إليه موافقاً لها ومتلائماً معها . قال ابن عابدين فى رسالته نشر العرف فى بناء الأحكام على العرف (أن الحكم الفقهى الاجتهادى المنقول عن المجتهد إذا كان مخالفاً للعرف فالواجب العدول عنه واتباع مقتضى العرف عاماً كان العرف أوخاصاً . ولوكان ذلك الحكم ثابتاً بالرواية الظاهرة فى المذهب . وذلك لأن المجتهد إنما قال به بناء على العرف الذى تقرر ووجد فى زمانه بحيث لو رأى العرف الحادث بعد زمانه لقال بخلاف ما قاله أولا . ولايكون الحكم المعدول إليه وهو الموافق

للعرف خارجاً عن مذهب المجتهد . بل يكون عين مذهبه إذ هو مقتضى قواعده وعلى وفق أصوله . ثم أورد فروعاً كثيرة عن علماء الحنفية خالفوا فيها الأحكام المنقولة فى ظاهر المذهب بناء على تغير العرف الذى بنيت عليه تلك الأحكام)[١] .

ولا يخفى أن ما معنا من هذا القبيل . إذ الحكم بفساد الشرط وصحته عند الحنفية إنما يدور مع تعارف الناس وعدم تعارفهم . فحيث وجد التعارف والتعامل بشرط من الشروط كان صحيحاً فى المذهب استحساناً .

وعلى هذا يكون البيع بهذا الشرط صحيحاً فى نظر الحنفية كما هو صحيح عند المالكية وإن كان مدرك الصحة مختلفاً . فمدرك الحنفية فيها العرف والتعامل . ومدرك المالكية انتفاء الضرر المانع من صحة البيع على هذا الوجه .

ويبقى الشافعية والحنابلة على القول بفساد هذا البيع . ولا يخفى ضعف ما ذهبوا إليه لأنهم اعتمدوا فى ذلك على ما يشتمل عليه من الغرر والجهالة وهو فى رأينا غير صحيح لأن الجهالة لا تتصور إلا من جهة أن المتعاقدين يجهلان مقدار المبيع الذى يقابل الثمن على وجه التحقيق . ومثل هذه الجهالة لا يصلح مانعاً من جواز البيع وصحته إذ الجهالة كما تقرر ليست مانعة لذاتها بل لما ينشأ عنها من النزاع بين المتعاقدين ، وهذا منتف فى البيع بهذا الشرط كما يشهد بذلك الواقع بين الناس . فإنا نراهم يتبايعون على هذا الوجه ولا يجرى بينهم نزاع بسبب ذلك . وإن وجد فهو نادر والنادر لا حكم له . على أنا إذا رجعنا إلى ما قاله النووى — وهو إمام له مكانته فى المذهب الشافعى — فى قاعدة الغرر لكان مقتضاه أن يكون البيع على هذا الوجه

---

(١) نشر العرف ج ٢ ص ١٢٥ وما بعدها .

صحيحاً عنده لا فاسداً فقد قال فى المجموع ما نصه : (إن مدار البطلان بسبب الغرر والصحة مع وجوده ، على ظهور الغرر وإمكان التحرز عنه وعدم ذلك فإذا دعت الحاجة إلى ارتكاب الغرر ولا يمكن الاحتراز عنه إلا بمشقة أو كان الغرر حقيراً جاز البيع)[١] .

ولا يخفى أن الغرر فى هذا البيع حقير وأنه لا يمكن الاحتراز عنه إلا بمشقة فالحكم بفساده بسبب الغرر يتنافى وما قرره هذا الإمام الجليل فى هذه القاعدة .

وبهذا يتبين رجحان القول بصحة البيع بهذا الشرط حيث لا مانع من الجواز شرعاً خصوصاً وإن التعامل على هذا الوجه قد تدعو إليه الضرورة والحاجة فإن كثيراً من المبيعات لا يمكن إخراجها من ظروفها إلا بتلف أو نقصان فى جودتها . فإذا ألزمنا الناس فى أمثال هذه السلع البيع كما يراه المانعون لوقعوا فى الحرج الشديد الذى تنزهت عنه الشريعة السمحة .

(و) شرط الحرمان والتفضيل فى الوقف

أما شرط الحرمان فيقع تحته من الصور ما إذا أعطى البنين دون البنات، أو أعطى بعض البنين دون بعض أو أعطى البنات دون البنين .

وأما شرط التفضيل فهو أن يخص بعض أولاده بشيء من الوقف أكثر من غيره .

وقد ذهب الأكثر من الفقهاء إلى صحة هذين الشرطين ، وإلى أنهما شرطان لازمان لا تحل مخالفتهما .

---

(١) المجموع ج ٩ ص ٢٥٨ .

أما غيرهم فقد ذهبوا إلى عدم اعتبارهما ، وأنهما شرطان باطلان . لا يحل العمل بواحد منهما . وهؤلاء هم المالكية والظاهرية وابن تيمية وابن القيم والإمام أحمد فى رواية ويروى عنه جواز شرط التفضيل إذا كان لحاجة كزمانة وطلب علم ، وكثرة أولاد . وهو الرأى المنصوص عليه فى كتب المذهب[١] .

احتج المجيزون بالآثار والمعقول . أما الآثار :

« فأولا » فبما أخرجه الطحاوى فى معانى الآثار[٢] عن عائشة رضى الله تعالى عنها — أنها قالت : « إن أبابكر الصديق نحلها . جداد[٣] عشرين وسقاً من ماله « بالغاية[٤] » فلما حضرته الوفاة قال : والله يا بنية ما من أحد من الناس أحب إلى غنى منك ، ولا أعز على فقراً من بعدى منك . وإنى كنت نحلتك عشرين وسقاً . فلو كنت جددتيه واحتزتيه كان لك . وإنما هو اليوم مال وارث ، وإنما هو أخوك وأختاك . فاقتسموه على كتاب الله تعالى . فقالت عائشة : والله يا أبت لو كان كذا وكذا لتركته . إنما هى أسماء . فمن الأخرى ؟ قال ذو بطن بنت خارجة آراها جارية .

وثانياً : بما رواه البيهقى عن الشافعى رحمه الله تعالى ، أن عمر بن الخطاب — رضى الله تعالى عنه — فضل عاصماً بشىء من ماله ، وأن عبد الرحمن ابن عوف رضى الله تعالى عنه — فضل ولد أم كلثوم بنحل قسمه بينهم .

---

(١) انظر الإقناع ج ٣ ص ٢٣ .

(٢) ج ٢ ص ٢٤٥ .

(٣) جداد بكسر الجيم وضمها وبدالين وقيل بمعجمتين أى حصاد عشرين وسقا وهى قدر ستين صاعا ، قاله العلامة القارىء .

(٤) بغين معجمة ثم موحدة موضع قريب من المدينة من عواليها .

وثالثاً : بما روى أن عثمان بن عفان — رضى الله تعالى عنه — تصدق بماله الذى بخيبر على ابنه « أبان » صدقة بتة بتله لايشترى أصلها ولا يوهب ولا يورث .

قالوا : فهذا أبو بكر يعطى عائشة دون سائر ولده ، ورأى ذلك جائزاً . ورأته هى كذلك ، ولم ينكره عليهما أحد من الصحابة ، وهذا عمر بن الخطاب يفضل ولده عاصماً ، ويراه جائزاً ، ولم ينكر عليه أحد ذلك ، وهذ عثمان بن عفان ، وعبدالرحمن بن عوف قد فضلا بعض أولادهما على بعض . ولم ينكر عليهما ذلك منكر . فكيف يجوز لأحد أن يحمل فعل هؤلاء الصحابة الأجلاء على خلاف المشروع ؟

وأما المعقول فكما يأتى :

الأصل هو حرية التصرف للإنسان فى ماله ، يعطيه لمن يشاء ويمنعه عمن يشاء ، ما دام لم يتعلق به حق الورثة بأى نوع من أنواع التعلق . فيصح تصرفه عاجلا ، ولو كان فيه بالفعل حرمانه لبعض الورثة ، أو جميعهم ، أو تفضيل لبعضهم على بعض .

واحتج لما روى عن الإمام أحمد من جواز التفضيل للحاجة بما ثبت عن أبى بكر وعمر وغيرهما من الصحابة أنهم أعطوا بعض أولادهم دون البعض . ووجه الدلالة فى ذلك :

أن هؤلاء الصحابة قد فضلوا بعض أولادهم على بعض . ولا بد أن يكون لمعنى اقتضى ذلك التفضيل . ولا يجوز أن يكون ذلك لغير حاجة وإلا كان عملهم مخالفاً لنهى الرسول صلى الله عليه وسلم عن تفضيل بعض الأولاد على بعض كما روى ذلك عنه فى الحديث الصحيح وأيضا ، فإن بعض الأولاد قد يكون فى حاجة إلى المعونة والمساعدة أكثر من البعض الآخر

لاشتغاله عن الكسب بطلب علم ، أو زمانة فلو لم يبح التفضيل فى هذه الحالة لأدى إلى الأضرار بهذا البعض .

واحتج المانعون بالمنقول والمعقول . أما المنقول :

فأولا : بما رواه عبدالله بن يوسف قال أخبرنا مالك عن ابن شهاب عن حميد بن عبد الرحمن ومحمد بن النعمان بن بشير أنهما حدثاه عن النعمان بن بشير أن أباه أتى به إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم ـ فقال : إنى نحلت ابنى هذا غلاما . فقال : أكل ولدك نحلت ؟ قال : لا . قال : فارجعه . وفى بعض روايات هذا الحديث أن النبى قال أعطيت سائر ولدك مثل هذا ؟ قال : لا . قال : فاتقوا الله واعدلوا بين أولادكم . فرجع فرد عطيته . وفى لفظة قال : فاردده وفى لفظة قال : لا تشهدنى على جور . ووجه الدلالة فى هذا الحديث : إن النبى ـ صلى الله تعالى عليه وسلم ـ أمر الواهب لبعض بنيه دون البعض أن يسترد هبته . وسمى فعله هذا جورا . وهو يقتضى تحريم التفضيل إذ الجور حرام . وإذا حرم تفضيل بعض الأبناء على بعض كان إيثار البعض بالمال كله ، وحرمان سائر الورثة أولى بالتحريم . لأنه أدخل فى الجور والظلم من التفضيل .

وثانياً : بما روى عن النعمان بن بشير أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : اعدلوا بين أبنائكم « قالها ثلاثا » رواه الإمام أحمد والنسائى وأبو داود .

ووجه الدلالة فى هذا ، أن النبى أمر بالعدل بين الأبناء وكرر ذلك ثلاثا . فدل على أن العدل بينهم واجب وفى الوقف على البعض دون البعض أو إعطاء البعض أكثر من البعض عدول عن العدل الواجب . فيكون حراما ، وما كان حراما فلا يصح ، ولا يعتبر .

وثالثا : بما رواه الطبرانى والبيهقى عن ابن عباس رضى الله تعالى عنهما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم ـ قال « سووا بين أولادكم فى العطية .

ولو كنت مفضلا أحدا لفضلت النساء ووجه الدلالة فى هذا الحديث : إنه صلى الله عليه وسلم أمر بالتسوية بين الأولاد . وبين أنه لاسبيل شرعا إلى التفضيل فضلا عن الحرمان ـ ولو كانت المسألة موكولة إلى الرغبات لكانت النساء أولى بالتفضيل .

ورابعا : بما روى عن أبى بكر بن حزم أن عمر بن عبد العزيز كتب إليه أن يفحص الصدقات كيف كانت أول ما كانت . قال فكتبت إليه أذكر له صدقة عبد الله بن زيد وأبى طلحة وأبى الدحداحة . وكتبت إليه أذكر له أن عمرة بنت عمران ذكرت لى عن عائشة أنها كانت إذا ذكرت صدقات الناس اليوم ، وإخراج الرجال بناتهم منها تقول : ماوجدت للناس مثلا اليوم فى صدقاتهم إلا كما قال الله عز وجل « وقالوا ما فى بطون هذه الأنعام خالصة لذكورنا ، ومحرم على . أزواجنا ، وإن يكن ميتة فهم فيه شركاء » .

والله إنه ليتصدق الرجل بالصدقة العظيمة على ابنته فترى غضارة صدقته عليها . وترى ابنته الأخرى ، وإنه ليعرف عليها الخصاصة لما أبوها أخرجها من صدقته .

وإن عمر بن عبد العزيز مات حين مات ، وإنه ليريد أن يرد صدقات الناس التى أخرجوا منها النساء(١) ، قالوا : فهذا دليل على أن حرمان بعض الورثة ، ولا سيما النساء مما أحدثه الناس ، وأنه مخالف لما عليه عمل الصحابة فى عهد الخلفاء ، كما يشعر بذلك قول أمير المؤمنين « ما وجدت للناس مثلا اليوم فى صدقاتهم . . . الخ .

---

(١) المدونة جـ ١٥ ص ١٠٦ .

كما أنه يدل على حرمة هذا العمل حيث شبهته عائشة رضى الله تعالى عنها بعمل أهل الجاهلية الأولى الذى نعاه الله تعالى عليهم فى كتابه الكريم بقوله عز اسمه « وقالوا مافى بطون هذه الأنعام . الآية . ولهذا عزم الخليفة العادل عمر بن عبد العزيز على تغيير الأوقاف وإبطال الصدقات التى خرج بها أصحابها عن الصراط المستقيم ، ولم ينكر عليه ذلك أحد ، ولم يمنعه من ذلك إلا حضور أجله قبل تنفيذ ما عزم عليه .

المناقشة والترجيح

يقال للإمام أحمد : أن هذه الآثار التى رويت عن الصحابة لا دلالة فيها على المطلوب .

أما أثر أبى بكر ـ رضى الله تعالى عنه فقد ورد فى بعض الروايات مايدل على أن التفضيل غير جائز ، وهو ما رواه عبد الرازق عن ابن جريج عن ابن مليكه أن القاسم بن محمد أخبره أن أبا بكر الصديق قال لعائشة أم المؤمنين : يا بنية أنى نحلتك نحلا من خيبر وإنى أخاف أن أكون آثرتك على ولدى[1] » وهو صريح فى أن الحامل لأبى بكر على الرد هو خشيه الإيثار لعائشة على غيرها من بنيه .

وأما أثر عمر بن الخطاب ـ رضى الله تعالى عنه ـ فمجرد رأى منه لا ينهض على معارضة الحديث ، وعلى فرض حجيته فمن الجائز أن يكون أعطى سائر ولده كما أعطى ابنه عاصما ، فلا يكون فيه دلالة على جواز التفضيل ومثل ذلك يقال فيما ثبت عن غيره من الصحابة ويقال له فيما ساقه من المعقول :

---

(١) المحلى جـ ٩ ص ٤٤٣ .

إن هذه الحاجة لا تنضبط ، وقد تتغير ، فقد يصبح القـادر عاجزا والعاجز عن الـكسب مكتسباً ، ولأن فى إباحةهذا فتحا لباب الجور و... فيندفع الناس فيه ، فسدا للذريعة يجب القول بالمنع والتحريم على أن هذا معقول فى مقابلة النص المانع من التفضيل مطلقا وهو مردود .

ويقال للمجيزين ما يأتى :

أما الآثار ـ فيرد عليها ما قلناه آنفا فى مناقشة المنقول عن الإمام أحمد ونزيد هنا على ذلك أن غاية ما نفيده هذه الآثار هو جواز التفضيل لبعض الأولاد على بعض ، فمن أين لـكم جواز الحرمان الذى تقولون به ؟

وأما المعقول :

فأنا لا نسلم لـكم إن الشارع أباح للمالك أن يتصرف فى ماله كيف شاء كما ذكرتم ، وإنما الذى أباحه الشارع هو التصرف فيها داخل الحدود التى رسمها ، وما دام الشارع الحـكيم قد أمر بالعـدل بين الأولاد ونهى عن التفضيل والحرمان . فـكل تصرف يشتمل على شىء من ذلك يكون خارجاً عن الحدود المشروعة ، وما كان خارجا عنها فلايقر ولا يعتبر .

وقيل للمانعين فى حديث النعمان بن بشير : إنه مأول بما يخرجه عن الدلالة على مدعاكم . فإن الأمر فيه يحتمل أن يكون للندب لا للوجوب ويشهد لهذا أمور :

(الأول) ما جاء فى بعض ألفاظ الحديث من قول الرسول للنعمان ألا سويت بينهم فإن هذا اللفظ يقال للدلالة على أحسن الطرق وأولاها . فتـكون التسوية بين الأولاد مندوبة لا واجبة .

(الثانى) ما جاء فى بعض الروايات من قوله ـ صلى الله عليه وسلم ـ « سووا بين أولادكم ، فى العطية ، كما تحبون أن يسووا بينكم فى البر » فإن التشبيه بالأمر المحبوب قرينة على أن الأمر للندب لا للوجوب

(الثالث) عمل أبي بكر وعمر وعثمان على عدم التسوية ، فإنه قرينة ظاهرة فى أن الأمر للاستحباب لا للوجوب .

ويجاب عن هذا ، بأن الأصل فى الأمر أن يكون للإيجاب ولا يحمل على الندب والاستحباب إلا عند القرينة . وما ذكرتموه لا يصلح قرينة على ذلك . أما الأول ، فلأن قوله عليه السلام « ألا سويت بينهم دال على التوبيخ على ما فعل ، والحث على تداركه وهو لا يكون إلا على أمر محرم . وأما الثانى : فإنه يبعده إطلاق الجور على عدم التسوية ، على أنه قد جاء فى آخر الرواية التى وقع فيها التشبيه « فلا . إذن » وهو دال على المنع من التفضيل .

وأما عمل من ذكر من الصحابة فقد بينا ما فيـــه ، فلا يصلح صارفا للحديث عن الوجوب إلى الندب .

وقيل لهم فى هذا الحديث أيضاً :

إن قوله ـ صلى الله عليه وسلم ـ « أشهد على هذا غيرى » إذن بالاستشهار وإنما امتنع الرسول من الشهادة لكونه إماما ، والإمام ليس من شأنه الشهادة ، وإنما شأنه الحكم بين الناس .

وهذا تأويل ضعيف لأنه لا يلزم من كون الإمام ليس من شأنه أن يشهد أن يمتنع عن تحمل الشهادة إذا تعينت عليه . وقد صرح صاحب هذا التأويل « وهو الطحاوى » بهذا حيث قال : إن الإمام إذا شهد عند حاكم من حكامه جازت شهادته ، فلو لم يكن من شأنه أن يشهد لما جازت شهادته .

على أن قول الرسول « اشهد على هذا غيرى » إنما يراد به التوبيخ لا الإذن بالإشهـــاد ، كما يدل على ذلك أمره صلى الله عليه وسلم بالرد وإطلاق الجور عليه .

قال ابن حبان إن قول الرسول (أشهد) صيغة أمر والمراد به نفى الجواز . وهو كقوله لعائشة « اشترطى لهم الولاء » .

وقيل لهم أيضاً : إن قول الرسول صلى الله تعالى عليه وسلم - « إرجعه » دليل على صحة العطية . لأنها لو لم تصح لما قال له « ارجعه » .

وهذا التأويل كسابقة فى الضعف ، فإن معنى ارجعه لا تمض الهبة المذكورة على أن هذا تحكيم للاصطلاحات الفقهية الحادثة فى ألفاظ الرسول .

ويتبين لنا من هذه الأدلة ومناقشتها أن ما ذهب إليه المانعون هو الراجح لقوة الأدلة التى اعتمدوا عليها . خصوصا وإن اشتراط الحرمان أو التفضيل مما يورث العداوة والبغضاء بين الورثة ويفضى إلى قطيعة الرحم التى أمر الله أن يوصل . وكل ذلك حرام فيحرم كل مايؤدى إليه ، كما منع الشارع الحكيم من تزويج المرأة على عمتها أو خالتها لهذا المعنى[1] .

---

(١) وقد كانت المحاكم الشرعية تسير فى أحكامها على القول بصحة اشتراط التفضيل أو الحرمان لجميع الورثه أو بعضهم . وقد أدى هذا إلى خلق كثير من المآسى والمصائب بين الأسر المصرية . فقام كثير من المفكرين والباحثين بالدعوة إلى ترك العمل بهذا الرأى ، ووجوب العدول عنه إلى غيره من الآراء التى تحرم على الواقفين الإضرار بأولادهم وأزواجهم وذويهم . وقد استجاب أولو الأمر لهذا النداء وأصدروا قانون الوقف الجديد رقم ٤٨ لسنه ١٩٤٦ . وقد أباح هذا القانون للواقف أن يتصرف فى ثلث ماله كما يشاء . فله أن يقفه على ورثته ، أو على غيرهم وإذا أراد وقفه على ورثته ، فله أن يقفه عليهم كلهم ، أو على بعضهم وله أن يسوى بينهم ، أو يفاضل ، حسب الميراث ، أو بأقل منه ، أو بأكثر أما ما زاد على الثلث فيجب عليه أن يجعل الاستحقاق فيه لمن يكون موجودا عند موته من ذريته ، ووالديه ، وزوجه ، أو أزواجه الوارثين له ، وأن يوزع الاستحقاق عليهم وفقا لأحكام المواريث ، ولا يجوز أن يشترط . ما يخالف ذلك .

وأجاز للواقف أن يحرم بعض المستحقين من كل ما يجب له أو من بعضه . وأن يشترط فى وقفه مايقتضى ذلك متى كانت لديه أسباب قوية ترى محكمة التصرفات بعد تحقيقها أنها كافية لحرمان صاحب هذا الحق منه ، أو من بعضه ونحن نرى بالنسبة لجواز التفضيل فى الثلث . وبطلانه فيما زاد عليه ، أن التفرقة بين الثلث وبين ما زاد عليه مخالف لما قدمناه من الأدلة الشرعية الدالة على منع التفضيل بين الورثة حيث لم تفرق بين أن يكون التفضيل فى حدود الثلث أو فيما زاد عليه . فضلا عما يؤدى إليه هذا العمل من إيقاد نار العداوة والبغضاء بين الأولاد ، كما كان حاصلا قبل العمل بهذا القانون نتيجة للعمل بالقانون السابق عليه . فالمشرع فى هذا القانون لم يزد على أنه خفف بعض الأضرار ، والمآسى التى كان سببها العمل بالقانون القديم ولم يوفق إلى استئصال الداء من جذوره ، والإتيان عليه من قواعده ولكنه خطا خطوة جريئة نحو الإصلاح نرجو أن تتبعها خطوة أخرى تعيد تشريع الوقف إلى نصوص الشريعة المحكمة ، وقواعدها السديدة وأما بالنسبة لحرمان صاحب الاستحقاق فلا نجد مانعا من صحة هذا الحرمان كما حدده وضبطه القانون مما يحول دون استعمال هذا الحق فى غير موضعه فقد يكون هناك من الأمور ماله شأن كبير فى نظر الواقفين . ومايجب احترامه لماله من المساس بالأخلاق الفاضلة ، والسلوك المستقيم ، وبكيان الأسرة وكرامتها . بل قد يكون له مساس بالوطن نفسه .

فليس من الخير ولا من العدل فى شىء أن يلزم الواقف بأن يجعل فى وقفه نصيبا لمن يندفع وراء شيطانه . ويعق والديه عقوقا لا يقره دين ولا عرف . أو يحاول اغتيال الواقف ، أو يلحق به ، أو بأسرته ضرراً جسيما .

وليس من الإنصاف أن نمنع الواقف من أن يشرط حرمان ابنه الذى أرسله للتعليم خارج القطر إذا هو تزوج من غير بلده أو غير ملته .

أو يشرط حرمان ابنته من وقفه إذا هى تزوجت واحدا من خدمه . أو بمن يعتبر الزواج به عارا يلحق بكرامة أسرته .

شرط الحرمان

عند التزوج

وصورة هذا الشرط أن الواقف يجعل استحقاق زوجته أو زوجته أو بناته مقيداً بعدم زواجهن فإذا تزوجن انقطع حقهن من الوقف وقد صحح الحنفية[١] وجمهور الشافعية والحنابلة[٢] هذا الشرط واعتبروه شرطا لازما لا تحل مخالفة .

وخالفهم فى ذلك المالكية وأبن تيمية وابن قيم الجوزية . والبلقينى وصاحب الخادم من الشافعية ، كما نقله ابن حجر الهيثمى فى فتاويه[٣].

وإذا علمنا أن هذا الشرط لا يخرج عن نوع من الحرمان لبعض الورثة وعلمنا أن المختلفين هنا هم المختلفون هناك نجد الكلام فى هذا الشرط والاستدلال عليه لا يخرج عما قدمناه للفريقين فى الشرط المتقدم ويزيد على ذلك أن للأولين أن يحتجوا بأن الواقف علق الاستحقاق من الوقف على وصف فيزول بزوال ذلك الوصف .

وللآخرين أن يحتجوا بأن هذا الشرط مخالف لشرع الله ورسوله إذ فيه الحث على التزوج والنهى عن الرهبانية ، ولا شك أن نفاذ هذا الشرط مانع من التزوج الذى حث الله عليه ، ورغب فيه رسوله حتى جعل المعرض عنه ليس على شرعه وهديه ـ قال صلى الله عليه وسلم « النكاح سنتى فمن رغب عن سنتى فليس منى

---

(١) انظر البحر الرائق ﺟ ٥ ص ٢٦٦

(٢) الإقناع ﺟ ٣ ص ١١

(٣) ﺟ ٣ ص ٢٢٥ ، ٢٢٦

وأنت إذا عرفت أن الفقهاء قاطبة يقررون أن الشرط المخالف للمبادىء الشرعية لا يستحق الحماية من الشارع . بل الواجب مخالفته والسير على ما يتفق مع أحكام الشرع ويلائمها أدركت أن الفصل فى هذا الشرط يتوقف على الوقوف على مخالفة المبادىء الشرعية وعدم مخالفته .

ولا ريب أن هذا الشرط ينافى ما هو مقرر فى الإسلام من الحث على الزواج ، ومنع الترهب ، وإن كل من جعله مانعاً من الاستحقاق فى الغلات يكون داعياً إلى الترهب الممنوع ، ومحارباً للمباح المشروع ألا ترى أن الزواج عند وجود دواعيه إما واجب مطلوب . وإما مندوب محبوب فاشتراط عدمه لاستحقاق الغلات فيه تحريم ما أحل الله ، ومنع مما دعا إليه الإسلام ، وفاعله راجع إلى ما كان عليه الجاهلية قبل الإسلام .

ولأى شىء قال الله تعالى : « ولا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن إذا تراضوا بينهم بالمعروف » .

أليس من يقف ما يملك من عقار ويجعل للزوجة أو البنت نصيباً بعد وفاته على شرط ألا تتزوج يكون فى عمله هذا مانعاً لميراثها وعاضلا لها عن الزواج . لأنه جعل استحقاقها القائم مقام الميراث مشروطاً بعدم الزواج . أليس ذلك منعاً آثماً ، واعتداء ظالما على حقها خصوصاً إذا كان هذا النصيب مقداراً عظيما يغرى المرأة على ايثاره على الزواج وفوق هذا فإنا نرى أن هذا الشرط يدفع إلى الفجور ، ويجر إلى المآثم ، ويقود الحرة الكريمة إلى مباءة الشرور والفساد لأن للفطرة الإنسانية نداء لا بد من إجابته . وللطبيعة البشرية نزوعاً لابد من مراعاته ، وكل شىء يقف فى سبيل الفطرة ، ويكلفها ضد طباعها لا بد أن تزيله . بل إن الموانع قد تزيد حدتها وتجعلها عنيفة ثائرة بعد أن كانت هادئة فاترة — ولله در بعض الفضلاء إذ

مثل لذلك بالماء يسير رخاء سهلا فإذا ألقيت فى طريقه الجنادل والصخور كان له اندفاع واصطخاب وقوة تفتت الأحجار .

وإذا كان للفطرة هذه القوة ، وقد حرمت من المشروع فلا بد إذن أن تتجه إلى الممنوع تنهل من مناهله ، وتشتار من عسله ، وما دفع إلى ذلك إلا تحريم ما أحل الله ، ومحاربة الطريقة المستقيمة باعتبار ذلك الشرط .

ولقد أفزع ابن القيم ذلك الشرط وأشباهه من شروط الواقفين فراح يسوق فى هذا المقام كلاماً قوياً مملوءاً بالحكمة ، فياضاً بمراعاة روح التشريع الإسلامى .

وإليك خلاصة ما قاله فى ذلك :

قال — رحمه الله تعالى — بعد أن بين أن الواقف إنما يقصد بعمله التقرب إلى الله تعالى — إن من شرط التعزب فإنما يقصد أن تركه أفضل وأحب إلى الله فقصد أن يتعبد الموقوف عليه بتركه — وهذا هو الذى تبرأ منه النبى — صلى الله عليه وسلم — بعينه فقال : « من رغب عن سنتى فليس منى » وكان قصد أولئك الصحابة هو قصد هؤلاء الواقفين بعينه ، وأنهم قصدوا ترقية أنفسهم على العبادة وترك النكاح الذى يشغلهم تقرباً إلى الله تعالى ، فقال النبى — صلى الله عليه وسلم — ما قال وأخبر أن : « من رغب عن سنته فليس منه » .

فكيف يحل الإلزام بترك شىء قد أخبر النبى عليه الصلاة والسلام أن من رغب عنه فليس منه . هذا مالا تحتمله الشريعة بوجه ، فالحق الذى لاتسوغ الشريعة غيره عرض شروط الواقفين على كتاب الله سبحانه وعلى شرطه . فما وافق كتاب الله وشرطه فهو صحيح ، وما خالفه كان شرطاً باطلا مردوداً ، ولو كان مائة شرط .

يوضح هذا أن النبي — صلى الله عليه وسلم — كان إذا قسم يعطى الآهل خطين والعزب[١] خطا . وقال : « ثلاثة حق على الله عونهم ، وذكر منهم الناكح يريد العفاف » ومصححوا هذا الشرط عكسوا مقصوده ، فقالوا نعطيه ما دام عزباً . فإذا تزوج لم يستحق شيئاً ولا يحل لنا أن نعطيه . لأنه ترك القيام بشرط الواقف ، وأن كان فعل ما هو أحب إلى الله ورسوله .

أرأيتم لو شرط المبيت فى المكان الموقوف ، ولم يشترط التعزب . فأيحتم له التزوج فطالبته الزوجة بحقها من المبيت ، وطالبتموه بشرط الواقف فكيف ؟ تقسمونه بينهما ، أم ماذا تقدمونه ؟

ما أوجبه الله ورسوله من المبيت ، والقسم للزوجة ، مع ما فيه من مصلحة الزوجين ، وصيانة المرأة ، وحفظها ، وحصول الإبراء المطلوب من النكاح ؟ أم ما شرطه الواقف ، وتجعلون شرطه أحق ، وألزم ؟ أم تمنعونه من النكاح . والشارع والواقف لم يمنعاه منه .

فالحق أن المبيت عند أهله إن كان أحب إلى الله ورسوله جاز له بل استحب له ترك شرط الواقف ، ولم يمنعه فعل ما يحبه الله ورسوله من تناول الوقف . بل الواجب ترك ما جعله الواقف سبباً لاستحقاق الوقف إذ لا نص ولا قياس ، ولا مصلحة للواقف ، ولا للموقوف عليه ، ولا مرضاة لله ورسوله فى ذلك[٢] .

قد يقول قائل : كيف يكون شرط الواقف الحرمان عند التزوج مخالفاً

---

(١) العزب بالتحريك من لا أهل له والفعل كنصر ، وتعزب ترك النكاح .

(٢) انظر أعلام الموقعين جـ ١ ص ٣٨٢ وما بعدها .

لشرع الله ورسوله . وهاهو سعد بن أبى وقاص والزبير بن العوام قد شرط في وقفهما هذا الشرط .

فقد روى عن هشام بن عروة عن أبيه عن الزبير بن العوام أنه جعل دوره على بنيه لاتباع ولا تورث ، ولا توهب وأن للمردودة من بناته أن تسكن غير مضرة ولا مضاربها . فإذا استغنت بزوج فليس لها حق(١) .

وروى عن عائشة بنت سعد أن سعد بن أبى وقاص أخرج البنات من صدقته ، وجعل للمردودة أن تسكن .

فهل تراهما مخالفين لشرع الله ، أم أنهما فعلا ذلك عالمين بأنه لا مخالفة لشرع الله فى ذلك .

وجوابنا على هذا : أن الناظر فى وقف هذين الصحابيين يجده صورة خاصة ، وهى حرمان البنات إذا تزوجن ، ورد الحق إليهن إذا طلقن أو مات زوجهن ، وأنتم جوزتم الحرمان مطلقاً سواء شرط الرد إليهن عند الطلاق أو الموت أو لم يشترط ، وفى ذلك مخالفة لما عمله هذان الصحابيان الجليلان رضى الله تعالى عنهما . وهو ماننكره ونقول ببطلانه والله الهادى والموفق للصواب(٢) .

---

(١) أحكام الأوقاف للخصاف ص ١١ .

(٢) وقد جرى القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦ على ما اخترناه من بطلان هذا الشرط فقد جاء فى المادة (٢٢) منه ما يأتى : يبطل شرط الواقف إذا قيد حرية المستحق فى الزواج أو الإقامة . أو الاستدانة إلا إذا كانت لغير مصلحة . ويبطل كذلك كل شرط لا يترتب عليه عدم مراعاة تفويت مصلحة للواقف أو الوقف .

كلمة الختام

وبعد — : فتلك نظرية الشروط فى العقود عند الفقهاء ، عرضتها كما فهمتها ، وأبرزت فيها سمو الشريعة ، وسماحتها ، ومبلغ ما وصل إليه فقهاء المسلمين من قبل فى التفكير ، وحصافة فى الرأى ، وحسن فى الاستنباط ، حتى يؤمن الناس بأن الفقه الإسلامى كفيل بمسايرة كل عصر وجيل . وخليق بأن يحمل أمانة البشر فى مختلف مرافقه إلى أن يرث الله الأرض ، ومن عليها .

وهذا آخر ما أمكننى الوصول إليه فى بحث هذا الموضوع الشائك المتشعب الأطراف .

وأنى — علم الله — ما ادخرت وسعا فى بحثه ، ولا قصرت فى درسه فكم من الليالى سهرتها ، وكم من الأيام قضيتها منقبا فى بطون الكتب على اختلاف أنواعها ، وكم أقلقت راحتى فى سبيل الحصول على المراجع أقرأ فيها هنا وهناك . على أقف فيها على ما ينير لى سبيل البحث ، ويهدينى إلى الرشاد والصواب فى موضوع تشعبت فيه الآراء ، ودقت فيها مدارك العلماء .

وكل ما أرجوه أن أكون قد وفقت فى كشف الغطاء عن هذا البحث .

ومهما يكن من شىء فإنى لم أدع العصمة فيما كتبت ولم أقل فى هذا الموضوع كلمته الأخيرة .

فإن أك أصبت فى شىء فما توفيق إلا بالله . وإن أك أخطأت أو قصرت فأرجو أن أكون قد وفقت إلى إثارة الناقدين إلى نقده وتصحيح خطأه ، وحملت الباحثين على توسيع مباحثه .

« والحمد لله الذى هدانا لهذا ، وما كنا لنهتدى لو لا أن هدانا الله » ؟

مراجع الرسالة

رقم مسلسل	اسم الكتاب		طبع مطبعة
	(كتب التفسير)		
١	الجامع لأحكام القرآن	للقرطبي	دار الكتب المصرية
٣	روح المعانى	للألوسى	المنيرية
٣	أحكام القرآن	للجصاص	البهية
٤	أحكام القرآن	لابن العربى	السعادة
	(كتب الحديث)		
١	فتح البارى لابن حجر العسقلانى		الخيرية « الأولى »
٢	إرشاد السارى	للقسطلانى	
٣	نيل الأوطار	للشوكانى	مصطفى الحلبى
٤	سبل السلام	للصنعانى	التجارية
٥	مجمع الزوائد	للهيتمى	
٦	نصب الراية	لجمال الدين عبد الله ابن يوسف الزيلعى	دار المأمون
	(كتب الفقه)		
	فقه الحنفية		
١	المبسوط	للسرخسى	السعادة
٢	بدائع الصنائع	لعلاء الدين الكاسانى	الجمالية
٣	تبيين الحقائق شرح الكنز	لفخر الدين عثمان بن على الزيلعى	الأميرية
٤	فتح القدير	لكمال بن الهمام	الأميرية
٥	البحر الرائق شرح الكنز	لابن نجيم المصرى	العلمية
٦	جامع الفصولين	لابن قاضى سماوة	بولاق

رقم مسلسل	اسم الكتاب		طبع مطبعة
٧	رد المحتار	لابن عابدين	بولاق « الثالثة »
٨	نشر العرف فى بناء الأحكام على العرف	لابن عابدين	الاستانة
٩	شرح المجلة العدلية	لعلى حيدر « تعريب فهمى الحسينى »	حيفا
١٠	الملكية ونظرية العقد	للاستاذ محمد أبو زهرة	
١١	المعاملات المالية	للشيخ أحمد بك ابراهيم	
١٢	أحكام المعاملات	للشيخ على الخفيف	
	فقه المالكية		
١٣	موطأ الإمام مالك	بشرح الزرقانى	مصطفى محمد
١٤	موطأ الإمام مالك	بشرح السباجى	السعادة
١٥	المدونة	لسحنون	السعادة
١٦	مواهب الجليل شرح مختصر خليل	للحطاب	السعادة
١٧	التاج والإكليل لمختصر خليل	للمواق	السعادة
١٨	الفواكه الدوانى	للنفراوى	السعادة
١٩	منح الجليل شرح مختصر خليل	للشيخ محمد عليش	مصطفى الحلبى
٢٠	تبصرة الحكام	لابن فرحون	
٢١	فتاوى الشيخ عليش		مصطفى الحلبى
	فقه الشافعية		
٢٢	الأم	للإمام الشافعى	بولاق
٢٣	المهذب	للشيرازى	الحلبى
٢٤	المجموع	للنووى	التضامن الأخوى
٢٥	فتح العزيز	للرافعى	التضامن الأخوى
٢٦	تحفة المحتاج شرح المنهاج	لابن حجر الهيتمى	الأميرية

رقم مسلسل	اسم الكتاب		طبع مطبعة
٢٧	الفتاوى الكبرى	لابن حجر الهيتمى	الأميرية
٢٨	مغنى المحتاج شرح المنهاج	للخطيب الشربينى	مصطفى الحلبى
	فقه الحنابلة		
٢٩	كشاف القناع على متن الاقناع	لمنصور بن ادريس	العامرية الشرفية
٣٠	الفتاوى الكبرى	لأحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام بن تيمية	كردستان العلمية

(كتب الفقه المقارن)

١	شرح معانى الآثار	للطحاوى الحنفى	طبع الهند
٢	المحلى شرح المجلى	لابن حزم الظاهرى	المنيرية
٣	بداية المجتهد	لابن رشد الحفيد	محمد صبيح
٤	المغنى لابن قدامة	الحنبلى	المنار « الثانية »
٥	زاد المعاد فى هدى خير العباد	لابن قيم الجوزية	المطبعة المصرية
٦	أعلام الموقعين	لابن قيم الجوزية	كردستان العلمية

(كتب القواعد)

١	الأشباه والنظائر	لابن نجيم المصرى الحنفى	دار الطباعة العامرة بتركيا
٢	غمز عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر	للحموى	دار الطباعة العامرة بتركيا
٣	قواعد الأحكام	لعز الدين بن عبد السلام	التجارية
٤	الفروق	لشهاب الدين القرافى	احياء الكتب العربية
٥	الأشباه والنظائر	للسيوطى	التجارية
٦	القوانين الفقهية	لابن جزى المالكى	
٧	القواعد	لابن رجب الحنبلى	الصدق الخيرية

(كتب أصول الفقه)

١	المستصفى	للغزالى الشافعى	الأميرية

رقم مسلسل	اسم الكتاب		طبع مطبعة
٢	نهاية السول شرح منهاج الأصول	لجمال الدين عبد الرحيم الأسنوى	السلفية
٣	التقرير والتحبير شرح التحرير	لابن أمير حاج	الأميرية
٤	التيسير شرح التحرير	لمحمد أمين المعروف بأمير بادشاه	محمد صبيح
٥	التلويح على التوضيح	لسعد الدين التفتازانى	الخيرية بمصر
٦	الموافقات فى أصول الشريعة	لأبى اسحاق الشاطبى	مصطفى محمد
٧	شرح مسلم الثبوت	لمحب الله بن عبد الشكور	بولاق الاميرية
٨	حاشية العطار على جمع الجوامع		
٩	الأحكام فى أصول الأحكام	لابن حزم الظاهرى	المنيرية
١٠	مفاتيح الاصول	للطباطبائى الشيعى	العجم

(كتب تاريخ الفقه)

١	الفكر السامى	للشيخ محمد الحجوى	إدارة المعارف بفاس
٢	فجر الإسلام وضحاه	للأستاذ أحمد بك أمين	لجنة التأليف والترجمة
٣	نظرة عامة فى تاريخ الفقه	للأستاذ على حسن عبد القادر	

(كتب القانون)

١	أصول القوانين	لمعالى عبد الرازق باشا السنهورى
٢	نظرية العقد	» » » »
٣	شرح البيع	لنجيب باشا الهلالى
٤	الالتزامات	لعبد السلام بك ذهنى
٥	شرح القانون التجارى	للدكتور محمد بك صالح
٦	التأمينات الشخصية والعينية	لمحمد بك كامل مرسى

رقم مسلسل	اسم الكتاب		طبع مطبعة

(كتب اللغه)

١	لسان العرب	لابن منظور	
٢	القاموس وتاج العروس	للسيد مرتضى الزبيدى	
٣	محيط المحيط	للبستانى	بيروت
٤	أقرب الموارد فى تصحيح العربية والشوارد	لسعيد الخورى	بيروت

وهذا عدا مراجع أخرى أشرت إليها أثناء البحث ؟

محتويات الرسالة

الموضوع

الموضوع	صفحة
مذهب الحنفية ـ تقسيمهم الشرط إلى صحيح ، وفاسد ، وباطل . الشرط الصحيح ـ أنواعه : مايقتضيه العقد ـ مايلائم العقد ـ ماورد الشرع بجوازه ـ ماجرى العرف به .	١٠٢ - ١٠٦
كلمة فى الشرط العرفى عند الحنفية .	١٠٦
الشرط الفاسد : ضابطه ـ أثره فى العقد ـ التفرقة بين عقود المعاوضات المالية ، وبين عقود المعاوضات غير المالية ، وعقود التبرعات ـ السبب فى هذه التفرقة ـ نظرة فيما قاله علماء الحنفية فى هذا السبب .	١١١ - ١١٦
الشرط الباطل : تعريفه ـ أثره فى العقد .	١١٦
مذهب الشافعية : تقسيمهم الشرط إلى : شرط يقتضيه العقد ، وإلى شرط لايقتضيه العقد ، ولكن فى اشتراطه مصلحة ـ وإلى شرط يخالف مقتضى العقد ، وكان فيه منفعة ـ وإلى مايخالف مقتضى العقد وليس فيه منفعة .	١١٧ - ١٢١
مذهب المالكية : تقسيمهم الشرط إلى صحيح ، وإلى فاسد ـ أنواع الشرط الصحيح ـ شرط يكون موجبه حكما من أحكام العقد ـ شرط لاينافى مقتضى العقد ـ أثر كل فى العقد .	١٢١ - ١٢٢
أنواع الشرط الفاسد : نوع يفسد العقد ويبطله ـ نوع لايفسد العقد ولا يبطله .	١٢٢ - ١٢٥
أمثلة النوع الثانى :	١٢٦
مذهب الحنابلة : تقسيمهم الشرط إلى صحيح وفاسد .	
أنواع الشرط الصحيح : شرط يقتضيه العقد ـ شرط لايقتضيه العقد وفيه مصلحة ـ شرط لايقتضيه العقد ، ولكنه لاينافى مقتضاه	١٢٧ - ١٢٩
أنواع الشرط الفاسد : شرط يفسد العقد رواية واحدة ـ وشرط يفسده فى رواية ولا يفسده فى رواية أخرى	١٢٩ - ١٣٠
مذهب الظاهرية : تقسيمهم الشرط إلى صحيح وفاسـد ـ	

الموضوع — صفحة

استدراك

بالرغم من الجهد المشكور الذى بذله العاملون فى طبع هذه الرسالة فإنه وقعت بعض أخطاء مطبعية طفيفة ، تركنا تصويبها اعتمادا على فطنة القارىء ، والله ولى التوفيق .